



PARTE PRIMA

L'INTERDETTO *Unde Vi*

La materia degli interdetti, e in generale della difesa del possesso contro la violenza, è stata oggetto di molte controversie fra gli studiosi del diritto romano, le quali ci trarrebbero assai in lungo e fuori del compito nostro, se di tutte volessimo tener parola. Ond'è che ci parve miglior partito lo scegliere fra di esse quelle che più strettamente si collegano all'argomento di questo lavoro (cioè all'azione di spoglio della pratica medioevale), o perchè trattano di istituti a cui si vorrebbe far risalire come a fonte prima l'azione sopracitata, o perchè ci daranno modo di porre in chiaro le differenze più importanti che intercedono fra i rimedi del diritto romano e quello dei canonisti. Tralasciando quindi ogni disquisizione intorno alla origine ed alla natura degli interdetti e specialmente dell'*Unde Vi*, intorno al modo di proporli ed intorno agli altri loro elementi ed effetti, ci limiteremo a questi tre punti essenziali, e tenteremo di porre in sodo:

1° A quali persone fosse dato di recuperare il perduto possesso; cioè se al solo possessore giuridico, od anche al nudo detentore. E qui avremo modo di trattare assai diffusamente dell'interdetto *Unde vi* armata, ponendo in luce le sue differenze e simiglianze con l'*Unde vi* semplice, e cercando di chia-

rire quale fu la causa che determinò la fusione delle due antiche forme dell'interdetto recuperatorio in una sola.

2° Per quali cose si desse l'interdetto *Unde vi*. Argomento, che ci trarrà necessariamente a parlare della famosa legge contro la violenza privata, a studiarne le origini e lo svolgimento, ed a ricercare quale influenza esercitò sulle difese del possesso e sulla materia possessoria in generale.

3° Per quali modi di perdita del possesso si potessero intentare gli interdetti recuperatori. Tale questione si riconnette strettamente a quella intorno alla pretesa *actio momentariae possessionis*, nella quale alcuni credono di vedere i primi germi dell'*actio spoli*. Dovremo quindi accennare allo stato odierno della dottrina per rispetto alla medesima.

Verranno in ultimo alcune considerazioni generiche intorno alla nozione del possesso, avuto specialmente riguardo alla influenza che su di essa esercitarono i concetti della violenza, e della difesa contro la violenza, i quali si vennero di mano in mano elaborando nei varî periodi della giurisprudenza romana.

CAPO I

Gli interdetti DE VI armata e DE VI non armata.

§ 1.

La questione intorno alle persone, a cui era concesso il rimedio recuperatorio, ci si presenta sotto due diversi aspetti, a seconda che essa viene studiata nell'antico diritto romano o nel diritto giustiniano. È noto infatti che, per quanto nelle collezioni di Giustiniano si incontri un solo interdetto *De vi*, due invece erano le forme dell'*Unde Vi* nell'antico diritto, cioè l'*U. V. non armata* se la violenza era stata esercitata senz'armi, e l'*U. V. armata* se con l'armi. Ora è controverso fra gli autori ed è quindi necessario determinare: anzitutto se per rispetto al

diritto antico fra le due forme dell'interdetto *U. V.* si debba annoverare fra l'altre anche questa differenza, che l'*U. V. non armata* fosse un privilegio riservato al solo possessore giuridico, e l'*U. V. armata* un rimedio comune al possessore ed al nudo detentore; e in secondo luogo se per rispetto al diritto nuovo l'interdetto *De vi*, che risultò dalla fusione delle due forme precedenti, si desse al solo possessore giuridico, come pensano i più, od anche al nudo detentore, come pretendono alcuni pochi autori.

La seconda di tali difficoltà si può considerare omai come risolta in modo definitivo, e noi ci limiteremo a darne una trattazione sommaria; la prima per contro è assai più importante e dibattuta, ed esige quindi un esame più diligente e minuto.

§ 2.

Le fonti, a cui si attinge in favore o contro la controversa distinzione fra le due antiche forme dell'interdetto, sono essenzialmente: le orazioni di Cicerone *Pro Cæcina* e *Pro Tullio*, due sue lettere, di cui una a Trebazio Testa e l'altra a Cassio (1), un passo di Gaio ed uno di Paolo, e alcuni brani delle *Pandette* al tit. *De vi, et De vi armata*, fra cui è specialmente importante un frammento di Pomponio (2).

La prima orazione è però la fonte più larga, per quanto essa getti, come giustamente ebbe a lamentare il Savigny, il tutto in una grande incertezza. Essa contiene una analisi minuziosa delle formule dell'*U. V. non arm.* o *quotidiana* e dell'*U. V. arm.*, quali dovevano esser scritte nell'Editto ai tempi di Cicerone; e con il suo aiuto alcuni autori, fra cui il Lenel, le hanno ricostrutte.

La formula dell'*U. V. non arm.* sarebbe: « Unde tu aut familia » aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti, cum ille possideret, quod nec » vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas (3) ».

(1) *Ep. ad fam.*, vol. vii. Ep. 12; vol. xv, Ep. 16.

(2) D. XLIII, 16, f. 14.

(3) LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, p. 371.

Quella dell'*U. V. armata*: « Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis, armatisve deiecisti, » eo restituas (1) ».

È necessario, per l'intelligenza di quanto diremo fra breve, notare già sin d'ora che Cicerone, fondandosi sul fatto che nella prima formula è aggiunta la clausola *cum possideret* e che nella seconda essa manca, sostiene che colui il quale intenta l'interdetto *U. V. armata* non è tenuto a dar la prova del possesso (2).

Dell'orazione *Pro Tullio*, il cap. XIX contiene una compiuta esposizione degli elementi dell'*U. V. non armata*, ed il XX, solo frammentario, un accenno all'*U. V. armata*.

Nella lettera a Trebazio Testa è fatta parola di una eccezione, ma in modo non abbastanza determinato; cosicchè ne sono sorte interpretazioni fra di loro discordanti. Chiaramente invece la lettera a Cassio tratta del termine, entro cui si poteva intentare l'*U. V. armata*.

Ma di questi brani di Cicerone, abbastanza numerosi ed ampi da far dire a Tacito « qui de exceptione et formula perpetietur » illa immensa volumina, quæ pro M. Tullio, aut A. Cæcina » legimus (3)? »; come pure dei passi di Gaio, Pomponio, Paolo, Ulpiano ecc. diremo a suo luogo.

§ 3.

Ora invece crediamo più opportuno di riassumere le varie vicende della nostra questione, che da più secoli è aperta, in un breve esame degli scrittori, che se ne sono occupati, poichè dal loro contributo ci pare possa venire agevolata la risoluzione della controversia.

Nessun accenno alla medesima si incontra nella Glossa e nei Pratici dell'Età di Mezzo; il che si spiega facilmente trattandosi di una questione che non ha più importanza nel diritto

(1) LEREL, Op. cit., p. 375.

(2) *Pro Cæcina*, cap. XXXII.

(3) TACITO, *De Orat.*, cap. XX.

giustiniano, e per la quale era necessario attingere gli argomenti fuori dalla cerchia dei libri di diritto. Essa è sorta coi Giuristi Culti. Divideremo gli autori in due categorie, a seconda che ammettono o non che per l'*U. V. armata* basti la nuda detenzione (1). Non si possono ascrivere nè all'una nè all'altra l'Alciato e il commentatore di Cicerone Giacomo Omphalius. Il primo, perchè non diede il loro giusto valore alle parole di Cicerone, come già ebbe a notare Menochio. Infatti egli, preoccupato dal fatto che nei Digesti non è ammessa nell'interdetto *De Vi l'exceptio vitii*, crede che Cicerone chiami *vis quotidiana* (semplice) la *vis exturbativa* con elegante vocabolo, secondo lui, « quia huiusmodi possessores quotidie con- » tendunt ». Senonchè il passo di Paolo sopra ricordato gli fa nascere il dubbio che ai tempi di Cicerone vigesse un altro diritto (2). L'Omphalius, perchè non si accosta che con molta riserva all'affermazione di Cicerone; il quale, secondo lui, *magis indicare quam explicare videtur* la parte della sua orazione riguardante il possesso, pure così importante per l'esito della causa (3).

Altri autori ammettono invece esplicitamente, sull'autorità di Cicerone, la distinzione controversa, pur disputando sul valore e sulla portata delle espressioni: *vis armata*, *quotidiana*, *festucaria* (4), pubblica e privata.

Cuiacio, il primo forse che abbia formulata nettamente la questione, dice che fra l'altre differenze « hoc una est, quod » interdictum de vi armata detur, non tantum possessori, qui » deiectus est, sed etiam non possessori, qui in fundo erat

(1) Non teniamo conto per ora di quei pochi, i quali, come Pothier (*Com. in Pand.*, vol. v, lib. XLIII, 16, n. 13), Westphal (*Arten der Sachen*, § 245, da Savigny § 40) ecc., prendendo troppo alla lettera l'argomentazione di Cicerone, fecero dell'*U. V. armata* un interdetto non solo *recuperandæ*, ma *adipiscendæ possessionis*. Almeno la nuda detenzione è necessaria.

(2) ALCIATUS, tom. I, p. 307, Basilea 1582; *Parergon iuris*, lib. I, cap. 34.

(3) JACOB. OMPHALIUS, *In M. T. Cic. pro A. Cæc. Orat. Scholia*, p. 293. (Nel volume: *In omnes M. T. Cic. Orat. Enarrationes*. Lugduni 1554).

(4) HOTMANN (*Observat.* lib. VII, cap. VI, p. 214) ne vorrebbe fare tre specie differenti di violenza.

» tunc, cum deiectus est..... (1) ». Donello si rimette all'autorità di Cuiacio (2). Un commentatore di Cicerone, Bartholomeus Latomus spiega assai bene il concetto: « Vis enim simplex » ad possessorem dumtaxat, armata ad quemvis pertinet. Multum ergo differunt hæc interdicta, cum in altero spectetur » sola vis armis facta, in altero vis in possessorem facta (3) ». Dello stesso avviso è un altro commentatore, Petrus Pellitarius (4).

L'Hotmann, colui che forse più ampiamente d'ogni altro viscerò le differenze fra i due interdetti, essendosene occupato in varî lavori (5), ai quali avremo occasione di ricorrere in seguito, accetta senz'altro l'affermazione di Cicerone; benchè egli non possa esser sospetto di troppa deferenza verso il grande oratore, di cui nella maggior parte dei casi rigetta sprezzantemente gli argomenti. Secondo Menochio il *De vi armata* appartiene *ad quemlibet sive possidet, sive non possidet* (6). Se non fossero certi appunti che fa in seguito all'opinione di Alciato, di cui abbiám detto sopra, si potrebbe supporre che egli non credesse necessaria neppure la nuda detenzione. Giovanni Voet accetta la distinzione di Cuiacio, Donello, ecc. con qualche riserva (7). Pothier, interpretando il passo di Ulpiano al § 8, f. 3, *De vi et De vi arm.*, nel senso che l'interdetto *De vi arm.* compete anche al proprietario, che non abbia ancor cominciato a possedere, ne farebbe un interdetto *adipiscendæ*

(1) CUIACIUS, Op. vol. iv, p. 652.

(2) DONELLUS, Op. vol. xv, cap. 31.

(3) BARTH. LATOMUS, *In M. T. Cic. pro A. Cæc. Orat. Scholia*, p. 344, 347. (Nel volume sopracitato).

(4) PETRUS PELLITARIUS, *In M. T. Cic. pro A. Cæc. Commentarius*, p. 462. (Stesso volume).

(5) FRANCISCUS HOTOMANUS, *In Orationes M. T. Cic., eas maxime quæ questionem aliquam iuris continent, Commentarii*. (Op. tom. III, p. 1136).

Id. *Observationum*, lib. vii, cap. vi, p. 214 e seg.

Id. *In quat. Just. lib. Commentarii*, iv, 15.

(6) MENOCHIUS, *De recup. poss. remediis*, Rem. i, n. 2.

(7) JOH. VOET, *Comm. ad Pand.* XLIII, 16, vol. II, p. 39.

possessionis (1). Tra gli autori più recenti basti ricordare il Walter, l'Appleton, il Ruggieri, il Dernburg, il Baron, ecc. (2); le cui speciali osservazioni saranno riferite quando si verrà ad una discussione critica dell'argomento.

L'opinione contraria, secondo cui anche per l'interdetto *U. V. arm.* sarebbe necessario un possesso giuridico, non trovò dei risoluti sostenitori prima di Savigny. Gli scrittori più antichi si accontentano di non enumerare questa fra le differenze dei due interdetti, senza dirne il perchè; anzi molti di essi tacciono del pari delle altre differenze, limitandosi ad accennare a quella dell'*exceptio vitii*, ammessa solo nell'*U. V. simplic.*

Così Duareno, il quale in una delle sue dispute cerca di conciliare i passi di Cicerone e di Paolo coi testi di Giustiniano, che a lui paiono discordanti (3). Così Fernandez de Retes, che cita la sola differenza relativa all'eccezione (4). Così il Wesenbecius (5), e la maggior parte degli scrittori fino a Savigny, Bruns, Molitor, Machelard (6), ecc., coi quali la discussione si allarga.

Gli argomenti del Savigny sono questi: Cicerone afferma che nel *De vi armata* non occorre provare il possesso, non che basti la nuda detenzione; l'inciso *cum possiderem* o *cum pos-*

(1) POTIER, *Traité de la possession* n. 113; *Comm. alle Pandette*, vol. v, n. XIII, XIV.

(2) WALTER, *Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justinian*, lib. IV, cap. XII, p. 409; APPLETON, *De la possession*, § 175, p. 168; RUGGIERI, *Del possesso*, § 112; DERNBURG, *Pand.*, § 188, not. 2; BARON, *Gesch. des Röm. Rechts*, § 106.

(3) DUARENUS, *Disputationum anniversariarum*, lib. I, cap. XX; *Comm. in Dig.* XLIII, 16.

(4) FERNANDEZ DE RETES, *De inter. et rem. poss.*, parte III, cap. I, § 1 (*Thesau. Meerman*, VII, p. 514).

(5) WESENBECIUS, *Comm. in Pand.* XLIII, 16, n. 5 e 6.

(6) SAVIGNY, *Il Possesso*, § 40; BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, ecc., p. 62; MOLITOR, *De la possession*, n. 69; MACHELARD, *Des Interdits en droit Romain* (*Rev. crit. de Legis.*, vol. XXV, p. 628); e *Théorie générale des interdits en droit Rom.*, p. 237; SCIALOJA, *Delle azioni possessorie*, p. 371; ALIBRANDI, *Teoria del possesso nel diritto romano*, § 142; MILONE, *Il Possesso ecc.*, § 10, p. 49, nota 1; VERING, *Gesch. und Pandek. des Röm. Privatrechts*, § 150, n. 9; ecc.

sideret non è posto nella formula per indicare che nell'interdetto *De vi quotidiana non armata* a differenza dell'interdetto *De vi armata* si richieda un possesso giuridico, ma solo per unire alla prima parte di essa l'eccezione *nec vi, nec clam, nec precario*; la distinzione non avrebbe giovato a Cicerone, poichè o il suo Cecina non era stato mai neppure detentore del fondo, e allora per lui non valeva l'argomento, o lo era stato, e allora esso era anche possessore civile avendo l'animo di erede e di padrone.

Bruns aggiunge questi altri argomenti: la pretesa differenza non lasciò di sè tracce nel diritto posteriore: nella collezione di Giustiniano la formula adottata per l'unico interdetto, prodotto dalla fusione delle due forme primitive, è quello dell'*U. V. armata*; eppure nella legislazione giustiniana è indubitabile che si richiedeva il possesso propriamente detto.

Si conchiude quindi che Cicerone avrebbe difesa una causa cattiva e con cattivi argomenti.

§ 4.

L'orazione *Pro Caecina* è, come già dicemmo, la fonte principale a cui si attinge; ed intorno al modo di interpretarla si affaticano e contendono appunto i sostenitori delle due opposte opinioni.

Ecco in breve il caso, quale si deduce dalle parole di Cicerone. Cesennia riceve in usufrutto i beni di un suo primo marito, che ne istituisce erede il figlio. Morto costui i beni sono messi all'incanto. Cesennia incarica Ebuzio di acquistare per lei un fondo compreso nel patrimonio del marito, fondo che ella quindi dà in affitto ad un colono. Cesennia morendo ne fa erede il suo secondo marito Cecina. Ma Ebuzio se ne dice proprietario. Cecina d'accordo con Ebuzio si reca in un dato giorno al fondo con testimoni per essere cacciato *moribus*, il che gli avrebbe dato modo di intentar l'interdetto *de vi quotidiana*; ma Ebuzio gli impedisce di entrar nel fondo con violenza armata. Cecina allora ottiene dal pretore Dolabella la formula del-

l'interdetto *de vi armata*, intorno alla quale appunto s'agita la lite innanzi ai *Recuperatores*.

Questo il caso. Due questioni di fatto ci si presentano immediatamente, delle quali una riguarda il possesso e l'altra la violenza.

Chi era possessore del fondo? Ebuzio, che come tale appunto respinge l'altrui presa di possesso. Non importa che egli, come afferma Cicerone (1), si fosse messo di accordo con Cecina per farlo venir nel fondo a fine di cacciarlo *moribus*; in tale accordo, privo di valore nella questione possessoria, non si può vedere neppure lontanamente un *constitutum possessorium* a favore di Cecina. Ciò posto sorge spontanea la domanda, se Cecina fosse mai stato possessore. Pisone, difensore di Ebuzio, lo nega risolutamente e ne fa anzi il *mucro* della sua difesa. Cicerone afferma il contrario, ma evidentemente solo per contraddire anche in ciò l'avversario, non perchè voglia porre alla sua volta il pernio della difesa in tale contraffermazione, come vedremo di poi. Ma la prova che egli ne dà è insufficiente. Invero egli dice (2): È innegabile che Cesennia ha posseduto in qualità di usufruttuaria. Il colono che essa mise nel fondo vi rimase dopo la sua morte; perchè dunque Cecina erede di lei non avrà il possesso del medesimo? Ma poi, comprendendo forse egli stesso il lato ben debole dell'argomentazione, tenta di dimostrare, molto leggermente però, come in Cecina si fosse verificata la presa di possesso: *Cecina cum circumiret prœdia venit in istum fundum, rationes ab colono accepit...* Ma è assai probabile che egli ciò avesse fatto quando come marito di Cesennia attendeva agli affari di lei; perchè, come appare dalla narrazione del fatto, Ebuzio, contestandogli appena aperta la successione il suo diritto sul fondo, non gli diede il tempo di esercitarlo. Ora l'affermazione di Pisone così risoluta, il rifuggire di Cicerone dal dar la prova di un fatto, con cui avrebbe battuto in breccia l'argomentazione avversaria, la prima prova erronea e la seconda molto vaga e timida, e infine l'insieme

(1) *Pro Cœc.*, cap. iv, v, vi.

(2) *Pro Cœc.*, cap. xxxii.

dei fatti ci inducono a credere che Cecina non avesse mai posseduto. Del resto Cicerone sostiene recisamente che tal fatto non aveva importanza per la causa; stiamo quindi alle sue parole e consideriamo Cecina come non possessore.

La questione di fatto riguardante la violenza era fuori di contestazione: Ebuzio affermava di averla commessa e per di più con l'armi.

Veniamo quindi alla questione di diritto che dalle due questioni di fatto sorge: la violenza commessa da Ebuzio cadeva nella sfera dell'interdetto *U. V. armata*?

Tentiamo anzitutto di risolverla argomentando unicamente dal modo con cui nel trattarla si comportano le due parti; in seguito ricorreremo alle altre fonti.

Pisone nega che essa rivesta i caratteri della violenza contemplata dall'interdetto, perchè Cecina non possedette mai. Infatti là sua argomentazione, da quanto almeno appare in Cicerone, che però ne riferisce separatamente i punti essenziali, si può concretare in queste due affermazioni:

A) *Non deieci si non sivi accedere;*

B) *Defici nemo potest, qui non possidet.*

Le quali logicamente così mi pare si dovessero fra di loro unire: Cecina non fu deietto poichè gli si impedì di entrare e quindi di cominciare a possedere; nè può egli valersi del principio, per cui l'impedire al possessore di entrar nel fondo equivale allo scacciarlo, poichè esso non fu mai possessore. Onde la violenza di Ebuzio è legittima, poichè è lecito a chi possiede *vim vi repellere*.

Non vale, come vedemmo, ciò che alcuni commentatori di Cicerone osservano, che Cecina venisse non per far violenza ma dietro invito di Ebuzio; nel fatto egli voleva cominciare a possedere, e Ebuzio come possessore vi si oppose.

Tale è il sistema di difesa di Pisone, omogeneo e compatto, e che, data la sua base, cioè il possesso, non fa una grinza.

Veniamo a Cicerone. È ovvio l'osservare che di fronte alla difesa avversaria egli avrebbe dovuto appigliarsi senz'altro ad uno di questi due partiti:

o dimostrare che Cecina aveva posseduto,
o negare che il fatto del possesso importasse alla violenza contemplata nell'editto.

Con l'una o con l'altra delle due prove avrebbe senz'altro battuto l'avversario. Ma egli si comportò molto diversamente. Si appigliò all'una ed all'altra, ma con molta fiacchezza e solamente in fine dell'orazione, quasi come in appendice. Il suo metodo di difesa invece sta tutto nello sminuzzare le parole della formula, nel prenderle separatamente, e nello sforzarsi di dimostrare come ciascuna di esse si possa applicare al caso del suo cliente. Lasciamo indietro gli argomenti *ad hominem* contro l'avversario Pisone; poichè non si può prendere come termine di paragone l'impedimento ad entrare nella casa propria, essendo, come osserva un commentatore di Cicerone (1), la casa un possesso certo e il fondo un possesso incerto; lasciamo anche tutte le minute osservazioni sulle prime parole della formula « tu aut familia aut procurator tuus illum vi » hominibus coactis, armatisve... (2) », e veniamo piuttosto alla lunga disquisizione sulla deiezione, a cui Cicerone vorrebbe ridurre la violenza patita da Cecina.

I suoi argomenti mirano, da una parte a stabilire la portata del verbo *deicere* e dall'altra a stabilire il senso delle preposizioni da esso dipendenti nella formula: *unde, eo*....

Anzitutto *deicere*, egli osserva, si prende spesso in senso figurato, come quando si dice deietto il padrone se alcuno della sua famiglia o il suo procuratore è cacciato (3); i maggiori non poterono trascurare tale violenza, non meno delittuosa della vera deiezione (4); vi è violenza anche nell'impaurire il proprietario che venga al fondo; quindi se Cecina non avesse avuto il coraggio di accostarsi al podere, ma all'annunzio che vi si trovavano degli uomini armati fosse fuggito, avrebbe diritto

(1) *Pro Cæc.*, cap. XII, XXXI.

(2) *Pro Cæc.*, cap. XVIII, XIX, XX, XXI, XXII.

(3) *Pro Cæc.*, cap. XIII.

(4) Cap. XIV.

alla restituzione, il che sarebbe assurdo (1); a rigore *deiectus* non si potrebbe dire se non colui che è cacciato dall'alto al basso (2); abolendo ogni *vis* figurativa si verrebbe a supporre gli uomini più amanti del possesso che non della vita (3).

Ma pur lasciando in disparte ogni significazione figurata di *dejicere*, certo è che « *deiectus est Cæcina vi, hominibus ar-* »
 « *» matis aliquo ex loco; si non ex eo loco, quem in locum* »
 « *» venire voluit; at ex eo certe, unde fugit* ». Ora « *prætor in-* »
 « *» terdixit, ut unde deiectus esset, eo restitueretur, hoc est,* »
 « *» quicumque is locus esset, unde deiectus esset* ». Quindi « *Æbu-* »
 « *» tius, qui fatetur aliquo ex loco deiectum esse Cæcinam, is,* »
 « *» quo modo se restituisset dixit (4), necesse est male fecerit* »
 « *» sponsionem (5)* ». È impossibile, continua Cicerone, che il di-
 ritto civile abbia stabilito « *nisi ex eo loco, ubi vestigium im-* »
 « *» presserit, deici neminem posse (6)* »; quindi non si deve ri-
 cercare di quale fondo intendesse di parlare il pretore, poichè
 i maggiori non diedero nessun mezzo di difesa a chi aveva
 usata violenza con l'armi, e stabilirono « *non vestigium eius,* »
 « *» qui deiectus sit, sed factum illius, qui deiecerit, in iudicium* »
 « *» venire..... neque spectari oportere, in quo loco sit facta vis,* »
 « *» verum sitne facta (7)* ». Del resto pur concedendo che tale
 ricerca si debba fare, la lettera dell'editto vi si presta benis-
 simo, poichè con la preposizione *unde* gli antenati riuscirono
 a comprendere tanto il caso in cui alcuno fosse cacciato *ex*
fundo ove si trovava, come quello in cui lo fosse *a fundo* nel
 quale voleva entrare (8).

(1) Cap. xv, xvi.

(2) Cap. xvii.

(3) Cap. xvi.

(4) Siccome la formula dell'Editto ordinava al convenuto: *eo restituas*, così egli in ogni caso, sia cioè che negasse il fatto imputatogli, sia che volesse sollevare un'eccezione, rispondeva: *se restituisset*. V. SAVIGNY, *Possesso*, p. 410, not. 3. (Trad. Stædtler).

(5) *Pro Cæc.*, cap. xxviii.

(6) Cap. xxvii.

(7) *Pro Cæc.*, cap. xxix.

(8) Cap. xxx.

Credo che anche dalla sommaria esposizione che ne ho fatta appaia l'artificiosa sottigliezza della argomentazione ciceroniana, della quale egli stesso sente ad un certo punto il bisogno di scusarsi (1). Avvertirò solo che tale interpretazione delle parole contenute nella formula dell'editto ci deve porre in guardia dall'accettare senz'altro le affermazioni di Cicerone intorno a ciò che nella formula non è compreso. Intanto è bene ancora notare come con ciò termini la parte principale dell'orazione di Cicerone. La si confronti con quella di Pisone, e se ne vedrà la profonda differenza: compatta l'una e fondata sulla logica e sullo spirito del diritto; sconnessa l'altra e limitata alla interpretazione della lettera.

Ed ora passiamo alla parte, che direi sussidiaria, dell'*Orazione*, cioè ai cap. xxxi e xxxii, che sono i più famosi. Essa si compone di due asserzioni, o indicazioni, come a ragione le chiamò l'Omphalius: nell'interdetto *U. V. armata* non è necessaria la prova del possesso — Cecina possedette.

Dall'una o dall'altra, vedemmo, avrebbe dovuto ad ogni modo prender le mosse la difesa di Cicerone; la prima avrebbe distrutta senz'altro nel suo fondamento la difesa avversaria; la seconda avrebbe tolto a Pisone uno dei perni della sua argomentazione, e avrebbe risparmiato a Cicerone tanto lungo dibattito delle parole dell'editto. Egli non fece nè l'una cosa nè l'altra. Tralasciamo la seconda delle due asserzioni, perfettamente inutile in seguito alla prima, ed anzi dannosa poichè l'oratore se ne disbriga con una dimostrazione, come vedemmo, affatto insufficiente (2); e limitiamoci alla prima, a quella che tocca più da vicino il nostro argomento.

Egli comincia con l'opporre a Pisone, che esso, dopo aver affermato niuno poter essere deietto se non dal luogo in cui si trovava, fa una eccezione pel possessore, che può dirsi *deiectus* anche quando gli sia solo vietato l'ingresso (3). Quindi argo-

(1) Cap. xxix.

(2) Vedi p. 9.

(3) *Pro Cæc.*, cap. xxxi.

mentando, come già abbiamo avvertito (1), dal fatto che nella formula del *de vi quot.* o *non armata* è aggiunta la clausola *cum possideret*, mentre essa manca nella formula del *de vi armata*, conchiude, non già che per questo interdetto sia sufficiente la nuda detenzione, poichè della medesima l'oratore non fa mai parola, ma bensì che non è necessaria la prova del possesso. « In illa vi quotidiana non satis est posse docere se deiectionem, » nisi ostendere possit, quum possideret tum deiectionem » mentre nell'interdetto *de vi armata* basta provare che vi fu deiezione, e basta che il reo confessi di averla commessa, perchè debba reintegrare nel fondo l'attore, astrazione fatta della prova del possesso (2).

Dunque Pisone afferma la necessità di provare il possesso, Cicerone la nega. Le due asserzioni fino a prova contraria si equivalgono; procuriamo quindi di stabilire quale delle due sia la vera.

Anzitutto, data l'affermazione di Cicerone, e tolto quindi all'*U. V. armata* il carattere di interdetto possessorio, che cosa esso diventerà? Un'azione penale per violenza, senza alcuna qualifica o restrizione se il violentato sia possessore o non? Un interdetto *adipiscendae possessionis*?

Limitiamoci ancora per un poco ai dati fornitici da Cicerone stesso. Quale era lo scopo che il suo cliente si era proposto nell'intentar l'interdetto? La punizione di Ebuzio, la rifusione dei danni od altro? No: ottenere il possesso del fondo. Lo dice Cicerone che da essi « nihil aliud actum, nisi possessionem per » interdictum esse repetitam (3). E altrove con maggior precisione egli nota la differenza fra l'interdetto ed una semplice azione per violenza, dicendo che non avrebbe fatto al caso l'*actio iniuriarum*, perchè con essa *ius possessionis non assequitur* (4). Altri brani potrebbonsi ancora citare; ma anche dallo stesso contesto dell'orazione appare evidente che lo scopo essenziale era il possesso.

(1) Vedi p. 4.

(2) Cap. xxxi, xxxii, xii.

(3) *Pro Cæc.*, cap. iii.

(4) Cap. xii.

Sarà quindi un interdetto *adipiscendæ* come credettero alcuni (1)? Dal caso di Cecina non parrebbe. Gli interdetti *adipiscendæ possessionis* non sono possessorii; essi non mirano al riacquisto del possesso in base ad un possesso anteriore, ma bensì a far ottenere il possesso di una cosa a colui, al quale essa appartiene per un diritto non contestato di proprietà. Cecina quindi non li poteva invocare, non essendo ancora stata decisa la questione petitoria. Del resto Cicerone afferma assai chiaramente che essi volevano *ius nostrum recuperare* (2).

Ma, senza andar più lontano, che cosa ordinava il pretore tanto nell'*U. V. armata* come nell'*U. V. non arm.*? *Eo restituas.*

Da Gaio, Ulpiano, Paolo, Pomponio appare chiaramente che nell'interdetto *U. V. armata* si tratta di riacquistare un possesso perduto. Ulpiano e Pomponio (3) usano l'uno la parola *possessor* e l'altro *possideret*; Paolo poi (4), accennando evidentemente all'interdetto *U. V. armata* con le parole *fustium, telorum, armorum*, usa l'espressione *possessione cessit*. E Gaio più esplicitamente ancora lo pone nè più nè meno dell'int. *U. V. non armata* nella rubrica *Reciperandæ possessionis* e ripetutamente afferma che in esso si tratta di *restituere possessionem* (5).

Si potrebbe forse da alcuno obiettare che ai tempi di Adriano l'editto non era più lo stesso che ai tempi di Cicerone; ma dimostreremo fra breve che tale osservazione per il nostro argomento non ha valore.

Dunque l'*U. V. armata* fu realmente sempre un interdetto *recuperandæ possessionis*. E allora tre domande ci si presentano contemporaneamente: 1° Come si spiega quell'inciso *cum possideret* che si trova nella formula dell'*U. V. non arm.* e manca in quella dell'*U. V. armata*? 2° È ammissibile un interdetto *recuperandæ possessionis* accanto all'*U. V. non armata*, in cui

(1) Vedi pag. 5, not. 1.

(2) Cap. III.

(3) Dig., XLIII, 16, f. 3, § 3, f. 14.

(4) PAOLO, *Recep. Sent.*, v, VI, 4.

(5) GAIO, *Inst.*, lib. IV, n. 155.

non si richieda l'estremo del possesso, e la prova del medesimo?
 3° Come si spiega l'affermazione di Cicerone?

1° Questo è il punto più grave. Osserviamo subito come non si possa accettare senz'altro la spiegazione che già vedemmo in Savigny (1); poichè egli non tien conto che di quel *cum possideret*, che si trova dopo le parole dell'eccezione, non di quello, che sta prima e da solo. Si potrebbe forse compiere o modificare la sua osservazione in questo senso: Se si fosse aggiunta senza più l'eccezione, si sarebbero trovati di fronte i due termini *deicere* e *possidere*, i quali non sono fra di loro correlativi così da non lasciar luogo a nessun dubbio; quindi la necessità nel pretore stesso di determinare di quale deiezione egli intendesse parlare, di quella cioè patita da un possessore. Nell'int. *U. V. armata*, non essendovi più l'eccezione, e trovandosi già superiormente determinato il valore che si doveva dare alla parola *deicere*, non fu fatta nessuna aggiunta.

Ma è meglio considerar la cosa da un punto di vista più generale.

È indubitabile che Cicerone riferì sinceramente le parole dell'editto, perchè le sue formule combinano nella sostanza con quelle dell'editto compilato dal Salvio Giuliano, ricostrutte sui frammenti che abbiamo dei giureconsulti posteriori, e che secondo il Lenel sarebbero:

Per l'*U. V. non arm.*: « Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, eo illum quæque ille tunc ibi habuit restituas (2) ».

Per l'*U. V. armata*: « Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quæque ille tunc ibi habuit restituas (3) ».

(1) Vedi pag. 7.

(2) LENEL, *Das Edict. Perp.*, p. 373.

(3) Id. Op. cit., p. 375.

Vedi pure BRUNS, *Fontes iur. rom., ant. ed.* 5, a cura di Mommsen, 1887, p. 208, c. 209, n° 3.

Si confrontino queste formule con quelle che si hanno nell'orazione di Cicerone e si vedrà come nulla vi appaia di mutato per rispetto al requisito del possesso. Si confronti ancora la prima formula con la seconda e si vedrà del pari come la sola differenza fra i due interdetti stabilita esplicitamente dalla legge sia quella che si riferisce all'*exceptio vitii*. Ora, ammettendo che un'altra differenza riguardante il requisito del possesso sia implicitamente stabilita dal modo con cui l'editto fu redatto, ne dovrebbe discendere come necessaria conseguenza che commentatori così diligenti, come furono Ulpiano, Gaio, Paolo ecc., al modo stesso che avvertono la prima differenza, dovrebbero anche rilevare nei loro scritti la seconda, o quanto meno dovrebbero andar guardinghi nell'usare la stessa terminologia tanto quando trattano dell'uno, come quando trattano dell'altro interdetto. Per contro essi non solo tacciono di una differenza, che pure sarebbe di una così capitale importanza, ma usano indifferentemente, come già vedemmo per rispetto a Pomponio, Ulpiano e Paolo, tanto per l'uno come per l'altro interdetto, le espressioni *possidere*, *possessor*, *possessio*, senza che nulla nei loro scritti autorizzi a credere che essi diano a tali espressioni nell'un caso il significato ristretto e tecnico di possesso giuridico, e nell'altro quello più largo e volgare di detenzione. Ma Gaio è ancor più esplicito. Egli dice: « 154. Reciperandæ possessionis causa solet interdictum dari, » si quis ex possessione vi deiectus sit: nam ei proponitur interdictum cuius principium est Unde tu illum vi deieicisti, » per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario ab eo possederit: eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio. 155. Interdum tamen et si eum » vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possederit, » cogor ei restituere possessionem, velut si armis eum vi deiecerim ecc. (1) ».

(1) GAIO, *Inst. lib. IV*, ediz. *Studemund, Krueger*, Berolini, 1884. p. 194.

Qui, oltre alla perfetta uguaglianza della terminologia, oltre all'esser tutta la materia posta sotto la generale indicazione *Reciperandæ possessionis causa*, è notevole la parsimonia con cui Gaio tratta dell'interdetto *U. V. armata*, poichè ne fa menzione unicamente per riguardo all'*exceptio vitii*; il che dimostra evidentemente come egli in tutti gli altri requisiti essenziali lo pareggiasse all'altro interdetto.

Questo passo di Gaio, e più ancora il passo di Paolo « *Reciperandæ possessionis causa proponuntur sub rubrica Unde Vi: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt* (1) », hanno indotto il Lenel (2) nella sua ricostruzione dell'editto a porre un titolo solo: *Unde Vi*, diviso in due numeri: 1° *De vi non armata*; 2° *De vi armata*. Così doveva essere di fatti: una sola rubrica contenente le due formule scritte di seguito.

Su ciò avremo occasione di tornar fra breve; intanto giova ricordare l'interpretazione che Pisone, secondo afferma il suo avversario, dava all'editto:

« eum deiici posse, qui tum possideat; qui non possideat » nullo modo posse (3) ».

Questo passo presenta una straordinaria rassomiglianza con quest'altro d'Ulpiano:

« *Interdictum hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum deiiceretur, possidebat: nec alius deiici visus est, quam qui possidet* (4) ».

Si volle da alcuni attribuire l'osservazione di Ulpiano al solo interdetto *de vi non armata*, ma essa, come quella che contiene una generica illustrazione della parola *deicere*, non può essere ristretta alla sola formula di tale interdetto.

A questo punto il Keller suppone che nell'editto di Salvio Giuliano le parole *cum possideret* fossero state tralasciate (5). Ma allora delle due l'una: o egli crede che ai tempi di Adriano si fosse

(1) *Dig.*, lib. xli, tit. 1, f. 2, § 3.

(2) LENEL, *Op. cit.*, p. 370.

(3) *Cic. Pro Caec.*, cap. xxxi.

(4) *Dig.*, xliii, tit. 16, f. 1, § 23.

(5) KELLER, *Semestria ad M. T. Cic. I*, p. 313; da LENEL, *op. cit.*, p. 372.

introdotto un diritto nuovo per rispetto all'interdetto *de vi armata*, poichè non vi sarebbe più ragione di limitare l'osservazione di Ulpiano al solo *deicere* dell'altro interdetto; oppure egli pensa che il togliere o l'aggiungere quell'inciso *cum possideret* non muti nulla nella sostanza, e allora cadrebbe l'argomentazione di Cicerone, su cui tutti i sostenitori della tesi alla nostra contraria si appoggiano.

Più giustamente però, secondo noi, il Lenel crede che anche nell'editto Salviano rimanesse l'inciso, e spiega il commento di Ulpiano in questo senso, che il celebre giureconsulto non intenda tanto di chiarire il valore della parola *deiectio* in quel punto, ove esso è già determinato dall'aggiunta fatta dalla legge stessa *cum possideret*, quanto di illustrare l'altro interdetto, in cui l'inciso *cum possideret* manca, e in cui la necessità del possesso scaturisce solo dalla necessità della deiezione e dall'analogia coll'interdetto *de vi cottidiana* (1). Si aggiunga che le parole di Pisone abbracciano anche indubbiamente l'interdetto *De vi armata*. Ora, è egli supponibile che Ulpiano, nel fare una osservazione così somigliante a quella di Pisone, l'abbia poi voluta restringere al solo interdetto *De vi non armata*? Senonchè all'opinione del Lenel vorremmo fare una leggiera modificazione suggeritaci dalla stessa nuova disposizione data da lui alla materia degli interdetti nella sua ricostruzione dell'editto. Le parole di Pisone, non contenendo altro se non una illustrazione affatto generica del valore tecnico della parola *deiectio* nella terminologia degli interdetti, e parimenti le parole di Ulpiano, essendo nella sostanza perfettamente consone a quelle, si dovrebbero considerare come una aggiunta o come un commento fatto in genere a tutta la rubrica *Unde Vi* dell'editto, senza nessuna distinzione fra l'uno e l'altro interdetto.

Dopo quanto siamo venuti fin qui osservando, ci pare si possa concludere, che se nella rubrica *Unde Vi* dell'editto diverso era il valore, se così si può dire, formale della parola *deiectio* (con l'armi o senza), uguale, affatto invece ne era il valore sostanziale (deiezione di un possessore); e che il Pretore, dopo

(1) LENEL, Op. cit., p. 372.

aver determinato la prima volta che la parola gli si presentò, di quale elezione egli intendesse unicamente di parlare, più non si preoccupò di ripetere i suoi chiarimenti ogni volta che essa si ripeteva nella stessa rubrica, fedele in ciò alla sentenziosa brevità delle leggi romane. Ma si potrebbe obbiettare: se ciò è evidente per l'editto di Salvio Giuliano, visto quanto ne dicono i commentatori suoi, che ci prova che ai tempi di Cicerone la cosa non fosse diversamente regolata? Anzitutto, la perfetta rassomiglianza delle formule per riguardo al requisito del possesso; poi la interpretazione di Pisone che, come vedemmo, doveva avere un buon fondamento; e infine la considerazione che il compilatore dell'editto sotto Adriano non avrebbe accolta la stessa dicitura dell'antico, quando ne avesse mutata sostanzialmente la portata.

2° Tanto se si suppone che per l'interdetto *De vi armata* non occorra provare nè il possesso nè la detenzione, quanto se si suppone che almeno la prova di quest'ultima sia necessaria, ne consegue che l'interdetto *De vi armata* sarebbe stato un rimedio di natura affatto diversa dal *De vi non armata*. Ora è supponibile che il pretore li avrebbe uniti in una sola e medesima rubrica, usando per entrambi la stessa terminologia? A ciò si oppone, oltre che l'opportunità e la logica disposizione della materia nel testo legislativo, anche una considerazione storica. La fusione dei due interdetti, avvenuta nella compilazione giustiniana, che a torto, come bene dimostrò il Savigny (1), è attribuita da alcuno all'ignoranza di Triboniano, mentre invece era un frutto delle nuove tendenze e dei nuovi bisogni, come dimostreremo fra breve, non sarebbe stata possibile senza una perfetta uguaglianza nei loro elementi sostanziali. Giustamente inoltre osservò il Bruns (2) che nei Digesti non rimase traccia della pretesa differenza. Ora, mentre nessuna delle caratteristiche dei due interdetti andò perduta senza lasciar di sé traccia, come sarà chiaramente dimostrato a suo luogo, perchè questa sola, che sarebbe stata la più importante

(1) SAVIGNY. *Possesso* (trad. Stædtler), p. 434.

(2) V. pag. 8.

di tutte, doveva dileguare? L'argomentare, come fa l'Appleton (1), in favore della tesi contraria da tale silenzio dei testi, cioè il dire che mentre molti passi richiedono il possesso per il *De vi non armata*, nessuno lo richieda per l'altro interdetto, non regge; perchè le fonti invocate non distinguono più due interdetti *De vi*, e tra violenza armata e non armata non ammettono più se non una differenza di ben poca importanza, della quale diremo fra breve.

Obbiettivo del pretore nel dare i rimedi recuperatori era di impedire la *deiectio*; la quale quindi serve di fondamento ad entrambi gli interdetti; con questa differenza, che trattandosi nel *De vi armata* di una *deiectio* qualificata dall'uso delle armi, al possessore che ne fu vittima, si concedono questi importanti privilegi; cioè, egli potrà intentar l'interdetto:

- a) ancorchè possegga *vi, clam, precario* dal suo avversario;
- b) oltre l'anno dal patito spoglio (2);
- c) contro il padrone, se è un liberto, e contro i propri genitori (3).

Queste sole differenze puramente formali, e dipendenti dalla maggior gravità della *deiectio* in uno dei due casi, e non altre differenze toccanti gli elementi sostanziali dei due interdetti ammetteva la giurisprudenza antigiustiniana, la quale li considerò entrambi come veri rimedi possessori.

3° E allora come si spiega la posizione di Cicerone? Assai semplicemente: non faceva opera di giureconsulto, ma di avvocato; non interpretava l'editto, ma si studiava di accomodarlo alla causa che sosteneva, sconvolgendone il contenuto, non perchè fosse davvero *imperitus iuris civilis*, come egli dice, ma per puntellare la cattiva posizione del cliente; poichè questo ad ogni modo è certo che anche coloro, i quali sulla sua autorità hanno architettato la pretesa distinzione fra possesso e detenzione, sono però d'avviso che la sua era una causa per-

(1) APPLETON, *De la possession*, § 175, p. 168.

(2) Cic. *Epist.*, vol. v, ep. 16 a Cassio.

(3) *Dig.*, XLIII, 16. f. 1, § 43.

duta. Hotman (1) ad ogni passo di quella affannosa e arbitraria disquisizione di Cicerone sulla *deiectio*, gli obbietta: « tenere » saltem debuisse qui *deiectus* dicatur, si non possideret », e altrove « si is qui *deicitur* non possideat, in loco tamen esse » illum oportere... ». Lungo poi sarebbe riferire gli altri suoi poco benigni commenti all'orazione. Il Ruggieri, per non dire di altri, facendo una distinzione che difficilmente si può comprendere fra causa ed argomenti, crede cattivi solamente questi; ma ammette ad ogni modo che la differenza, da Cicerone sostenuta, non gli poteva giovare (2).

Del resto il raffronto, che a suo luogo abbiamo fatto, fra gli argomenti di Pisone e il sistema di difesa di Cicerone, ci debbono persuadere che, mentre quegli argomentava dallo spirito della legge, questi per contro argomentava esclusivamente dalla lettera, e cercava dividendo e separando di vincere quelle ragioni, che compatte gli stavano di fronte. Ci voleva tutta l'eloquenza di Cicerone perchè la prova non gli fallisse fin da principio.

E pare che i *Recuperatores* non la pensassero diversamente, poichè per ben due volte avevano rimandata la causa, dichiarando la loro incompetenza *sibi non liquere*; e ciò probabilmente non già perchè li facesse peritanti la *summa existimatio* di Ebuzio (3), cioè la gravità del suo danno, oppure la *iuris dubitatio* (4), come vorrebbe supporre Cicerone; ma perchè menavano buona al suo avversario la difesa: *non deteci, sed obstiti*, del che appunto Cicerone qua e là si lagna (5). Non per nulla egli, legato omai dalla *sponsio* fatta, è costretto ad incominciare l'orazione scusandosi di aver proposto l'interdetto *De vi armata*, la cui inopportunità gli era stata senza dubbio opposta negli anteriori giudizi (6).

(1) HOTMAN, *In Orat. M. T. Cic. Comment.*, p. 1152, p. 1118 (Op. T. III).

(2) RUGGIERI, *Il possesso*, § 112, vol. I, p. 154, not. 5.

(3) CIC. *Pro Caec.*, cap. II.

(4) ID. *Id.*, cap. III.

(5) ID. *Id.*, cap. XI.

(6) ID. *Id.*, cap. IV.

La cosa per la parte attrice, da lui sostenuta, non era punto di buon augurio.

§ 5.

Sull'autorità di Cicerone non può quindi trovare appoggio nè l'una nè l'altra delle seguenti ipotesi:

Che l'interdetto *De vi arm.* sia un interdetto non *recuperandæ* ma *adipiscendæ possessionis*; oppure un generale rimedio contro qualunque specie di violenza;

Che per l'interdetto *De vi arm.* basti la nuda detenzione.

Sulla prima non crediamo di dir altro.

Sulla seconda faremo ancora qualche osservazione. A ragione il Savigny notò come in nessun luogo di Cicerone non solo non si incontri la parola *detentio*, ma nulla neppure che anche lontanamente vi equivalga. Inesattamente afferma il Ruggieri (1) che Cicerone al cap. XXVIII ammetta la necessità almeno del possesso naturale; poichè se egli in quel punto fa una concessione alla tesi dell'avversario, e su tale concessione fonda la debolissima argomentazione che già vedemmo, in tutto il resto dell'orazione dimostra apertissimamente di pensare affatto il contrario; anzi pone il caposaldo della sua difesa nel sostenere che vi può essere deiezione senza detenzione. Non meno a ragione ha osservato ancora il Savigny che l'invocare una distinzione fra possesso e detenzione non avrebbe giovato a Cicerone. Il quale argomento non può ritorcersi, come fece l'Appleton (2), col dire che il fatto che ciò non giovasse a Cicerone accredita ed avvalora la sua asserzione; e non può d'altronde ridursi, col Ruggieri, a questa conclusione, che Cicerone abbia per errore invocata una distinzione, la quale esisteva realmente, benchè non si accomodasse al caso di Cecina.

Poichè la evidente e perfetta inutilità della distinzione pretesa, e dall'altro canto la certezza che Cicerone intende in quel punto di mettere innanzi un argomento molto forte per la sua

(1) RUGGIERI, Op. cit., § 112, vol. I, p. 154.

(2) APPLETON, Loc. cit.

causa, ci debbono invece condurre alla persuasione che egli pensasse a ben altro che ad una distinzione fra possesso propriamente detto e detenzione.

Il combinare poi, come fanno i più, quel tanto di autorità di Cicerone che loro conviene, con quel tanto di logica del diritto che occorre per non cadere nell'assurdo di sostenere che vi possa esser deiezione senza almeno la detenzione, ci pare troppo arbitrario, e ci fa, stiamo per dire, l'effetto di una violazione del principio, che la confessione è inscindibile.

E però il possesso, nella stessa misura o nello stesso grado, si richiedette sempre senza distinzione di sorta tanto per il *De vi armata*, come per il *De vi non armata*.

§ 6.

I due interdetti, o le due forme dell' *Unde Vi*, furono fuse insieme nei Digesti, e formarono un interdetto unico *De vi et de vi armata*, di cui ecco il contenuto:

« Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit: de eo, »
 » quæque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post »
 » annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit, pervenerit, iudi- »
 » cium dabo (1) ».

Lo spirito del provvedimento è sempre lo stesso che nell' E-ditto: *Unde tu illum vi deiecisti, eo restituas*. Ma non è più ammessa, neanche per la *vis* semplice, l'eccezione di vizioso possesso (2); ed essa diventa omai una caratteristica degli interdetti *retinendæ possessionis*. Della perpetuità dell'interdetto *De vi arm.* è rimasta traccia in quel « *post annum de eo, quod ecc.* ».

Una sola differenza contraddistingue ancora la violenza armata da quella senz'armi, e consiste in ciò che quella sola può autorizzare il liberto e il figlio ad intentar l'interdetto contro il patrono od il genitore (3).

(1) *Dig.* XLIII, 16, f. 1.

(2) *Instit. Inst.* IV, 15, § 6.

(3) *Dig.* XLIII, 16, f. 1. § 43.

L'innovazione preoccupò assai gli scrittori in ogni tempo. Duareno non sarebbe alieno dal supporre che si tratti di un *ius novum* introdotto da Giustiniano (1). Hotman invece comincia coll'attribuire l'innovazione all'ignoranza di Triboniano e col dimostrare punto per punto la incongruenza di tutte le novità introdotte (2); ma poi con più ragione, se bene poco coerentemente alle sue premesse, aggiunge:

«Imperatorum, præsertim Gracorum constitutionibus novum hoc ius inductum fuisse, ut sublata differentia vis armatae et vis sine armis, quocumque modo, et sive dolo, sive clam, sive quocumque modo, sive vi privata, sive vi publica, possessio adempta, turbata, inquietata fuerit, ea per hoc interdictum vindicaretur: qua de causa simplex hoc interdictum proposuit. Alterum fuit, ut vis adhibita confestim sine ulla mora et cunctatione reformaretur, qua de causa Momenti, sive Momentariae possessionis interdictum hoc appellarunt... (3) ».

Non sarebbe quindi frutto d'ignoranza, ma di una generale riforma dei rimedi ricuperatori; la quale non si sarebbe limitata a sopprimere la distinzione puramente esteriore della *vis* in *armata* o non, ma avrebbe toccato il concetto della medesima, allargandolo oltre i limiti troppo ristretti dell'antica « *vis atrox* ». Questa correlazione delle due riforme fu avvertita anche da altri autori, p. e. dal Walter (4).

Se bene non possiamo negare l'evoluzione del concetto della *vis*, e l'influenza ch'essa ebbe nella riforma degli interdetti; non possiamo però annettervi tutta quella importanza che vorrebbero gli autori sovracitati, perchè non possiamo ammettere che la *vis* si sia estesa tanto, quanto essi pensano, e non possiamo soprattutto ammettere un nuovo interdetto *Momentariae possessionis*. Della questione che si fa intorno a questo punto

(1) DUARENUS, *Disp. anniv.* Lib. I, cap. 20. Vedi contro VINNIUS, *Comm.* in Lib. IV. *Instit. Tit.* XV, N. 5.

(2) HOTMANUS, *Observationum.* Lib. VII, cap. VII, p. 216.

(3) *Id.*, p. 216.

(4) WALTER, *Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justinian* Lib. IV, cap. XII.

diremo in un apposito capitolo. Intanto, per rispetto alla fusione dei due antichi interdetti, è nostra opinione, in ciò conforme a quella dei più accreditati autori (1), che se ne debba cercare la ragione e la causa determinante nelle costituzioni contro la ragion fattasi, e specialmente nella famosa costituzione di Valentiniano II, che sta nel Cod. Giustiniano al tit. *Unde Vi* come legge settima. Esse hanno radicalmente perturbato e riformato tutto il sistema dei rimedi recuperatori. Come ciò sia avvenuto potremo dimostrare solo quando a proposito di altre questioni, ove tali leggi ebbero grandissima parte, ne avremo esaminato largamente l'origine e la ragione storica ed il contenuto.

Per ora, tornando all'argomento di questo capitolo, basti avvertire che anche intorno al nuovo interdetto *Unde Vi*, si sollevò la questione che già si faceva per rispetto al *De vi armata*; ma questa volta con assai minore fondamento, come dimostreremo.

§ 7.

Tralasciamo ogni disquisizione sulla tanto controversa terminologia possessoria, per ridurre la questione a questo solo punto: è sufficiente per l'interdetto *Unde vi* la nuda detenzione, ed occorre il possesso propriamente detto?

La Glossa negò l'interdetto al detentore. Così Azone, Costanzio Rogerio, Giov. Faber, Cuiacio, Vaconio da Vacuna, Menochio, Donello, Wesembecio, Fernandez de Retez, Giov. Voet, Pothier, Vinnio, ecc.... (2) e fra i moderni quasi tutti i

(1) La intima relazione, esistente fu la riforma di Giustiniano e le costituzioni sulla ragion fattasi, fu avvertita da Savigny (p. 435), Schultig. (in Paulum v. 6, § 7), Bruns (p. 73, not. 1), Randa (p. 247, n. 31), Appleton (p. 175). ACCARIAS, *Précis de Droit Rom.*, n. 972, vol. II, p. 1385; ecc.

(2) AZONIS, *Summa in ius civ.* Lugduni 1564, p. 216; COSTANTIUS ROGERIUS, *De remediis possessoriiis.* (Tract. iur. Tom. III, part. II, p. 245, n. 2 e 7); JO. FABER, *Com. in Instit.*, p. 180; CUIACIUS, *Quaest. Papin.* Op. vol. IV, p. 652; VACONIUS A VACUNA, *Declarationes iuris*, Lib. II, cap. xxxiv, n. 12; MENOCHIUS, *De recup. poss. remed.*, XIV, p. 168; DONELIUS, *Comm. in Ius. civ.* Lib. XV, cap. 31; WESEMBECIUS, *Com. in Pand.* XLIII, 16, n. 9, 10; FERNANDEZ DE RETES, *De interdictis et remediis possessoriiis.* (Thesau. Meerman, VII, p. 514, n. 6); JO. VOET, *Com. ad Pand.* XLIII, 16, n. 3; POTHIER, *De la possession*, p. 63; VINNIUS, *Com. in Inst.*, IV, 15, n. 12.

pandettisti e coloro che scrissero monografie sull'argomento (1). E invero i testi, che si adducono a suffragio di tale opinione, difficilmente si possono contraddire.

Bruns trova già una forte ragione nel fatto stesso che i Compilatori delle Pandette abbiano tolto quasi per intiero quanto riguarda il possesso dal Commentario di Ulpiano sull'interd. *de vi quotidiana*, nel quale non era dubbio richiedersi non solo la detenzione, ma il possesso propriamente detto. Che essi poi a tali passi non abbiano mutato senso apparirebbe da questo, che accanto ai passi di Ulpiano essi riprodussero pure due passi di Paolo e di Labeone (f. 8 e 20), i quali con quelli concordano perfettamente.

I brani di Ulpiano sono i §§ 3, 22, 23 del f. 1 *De vi et de vi arm.*

§ 3: «Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum» ad eos, qui de possessione deiiciuntur».

§ 22: «Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent,» dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deiici de» possessione videtur. Et si igitur alius, per quem possidebam,» deiectus fuerit, mihi competere interdictum, nemini dubium» est».

§ 23: «Interdictum hoc nulli competit nisi ei, qui tunc,» cum deiiceretur, possidebat, nec alius deiici visus est quam» qui possidet».

Che qua Ulpiano intenda di parlare del possesso per eccellenza apparirebbe, secondo il Ruggieri, dal fatto che egli pone

(1) WANGEROW, *Pandekten*, vol. 1, § 199, n. 2; ARNDTS-SERAPINI, *Pandette*, § 173 e nota 2; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 160, not. 1; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 183, n. 3 e § 137, n. 14; BARON, *Pandekten*, § 122 e *Geschichte des Römischen Rechts*, § 106; DERNBURG, *Pandekten*, § 188, p. 428; SAVIGNY, *Il possesso*, § 40 (p. 411, trad. Stædtler); RUDORFF, *Appendice a Sav. n. 21 e 40*; MACHELARD, *Des Interdits possessoires*, (Rev. crit. de Législation, Tom. xxv, p. 528); MOLITOR, *De la possession*, n. 69; SCIALOJA, *Delle azioni possessorie*, p. 371 e seg.; APPLETON, *De la possession*, p. 168; RANDA, *Der Besitz*, p. 131; BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 63; MILONE, *Il possesso*, p. 51; RUGGIERI, *Del possesso*, § 112; WAECHTER, *Pandekten*, § 123, parte II, p. 92.

tale regola come visione scientifica (*visus est*), mentre nel possesso naturale essa avrebbe una visione naturale e necessaria (1).

A torto però osserverebbe il Ruggieri « che non serve come prova il f. 1 § 4 *Uti possidetis*, citata da Savigny. poichè se Ulpiano paragonando all'Int. *Unde Vi* l'Int. *Uti possidetis* dice solamente che quello è *recuperandæ* e questo *retinendæ possessionis* (al che spettava il suo trattato), non toglie che vi siano fra i medesimi altre differenze ». Invero il passo dice che l'*Uti possidetis* « proponitur post Int. *Unde Vi*; illud enim re- » stituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur ne » amittatur possessio ». È verosimile, dopo ciò, che vi sia fra loro differenza quanto al possesso?

L'opinione invece, secondo cui l'interdetto spetterebbe anche ad ogni detentore, o almeno a qualche detentore, come al conduttore e al colono (questa restrizione viene a ragione accusata di arbitrarietà dal Bruns, op. cit. p. 66), è sostenuta da Cupero, Thibaut, Pfeifer, Sintenis, Kindel, Jousserandot, ecc. (2). Essi argomentano specialmente dai §§ 9, 10, f. 1, §§ 13, 17, f. 3, dai f. 12, 18 e dal § 33, f. 1 *De vi et de Vi arm.*

Esaminiamo questi testi brevemente.

Il § 9 dice: « Deicitur is qui possidet, sine civiliter sine » naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc in- » terdictum pertinet ».

Ed il § 10, che del precedente è un'applicazione: « Denique » si maritus uxori donaverit, eaque delecta sit, poterit inter- » dicto uti, non si colonus ».

Lo stabilire quale valore abbia nel primo frammento l'espressione *naturalis possessio* è tra i punti più controversi; poichè esso dipende dalla interpretazione del fram. seguente, che si presta a spiegazioni contraddittorie. Coloro, che intendono

(1) RUGGERI, Op. cit. § 112.

(2) CUPERUS, *Observat. select. de nat. possess.*, § 108; THIBAUT, *Archiv. f. civ. Prax.* XVIII, n. 13; PFEIFER, *Was ist und gilt im Röm. Rechte der Besitz?* p. 55; JOUSSERANDOT, *L'Édit perpétuel*, u. 1012, p. 374.

possessio naturalis nel senso di detenzione, si sforzano di spiegare il § 10 in modo, che non sia escluso dall'interdetto il colono. Coloro invece, che vedono nel § 10 una esclusione del colono in contrapposto e a differenza della coniuge donataria, essendo poi dal canto loro discordi nel classificare il possesso di quest'ultima, danno alla espressione *naturalis possessio* le più svariate significazioni, tutte però miranti ad escludere quella di semplice detenzione.

Uno scolio ai Basilici interpreta il primo passo così: « Civ. » ut emptione et venditione, nat. ut bona fidei possessor. Nam » ius civile eiusmodi possessorem non novit ».

La Glossa (1) riporta varie interpretazioni, fra cui questa d'Irnerio: « civiliter id est iuste, naturaliter id est iniuste, pro quo est quod subiicit de uxore.... ». Secondo altri criterio per distinguere coloro a cui è dato o non l'interdetto è il possedere *pro suo*. Azone (2) intende: « naturaliter: ut cum est in re ipsa vel in » conspectu: civiliter; quod est cum revertens non admittitur ». Duareno e Voet accettano le distinzioni della Glossa (3). Donello (4) intende: « naturaliter scilicet sibi, lege repugnante, non si naturaliter nomine alieno »; e Pothier (5) fissa la distinzione nel possedere per un titolo giusto e nullo. E così via.

Savigny (6) il quale intende il § 10 nel senso che spetti l'interdetto alla coniuge donataria, non al colono, e crede che quella abbia della donazione maritale il possesso giuridico, non il civile, opina che nel § 9 *possessio naturalis*, stia in contrapposto a *possessio civilis* per indicare appunto il possesso giuridico.

Dopo di lui la maggior parte degli scrittori abbracciò tale opinione (7).

(1) Glossa « civiliter ».

(2) AZONE, *Summa in ius. civ.* Lugduni 1564, p. 116.

(3) DUARENUS, *Com. in Dig. tit. De vi et De vi arm.*; VOET, *Com. ad Pand.* XLIII, 16, n. 3.

(4) DONELLUS, *Lib. xv, cap. 31.*

(5) POTHIER, *De la possession*, p. 63. PANDETTE, XLIII, 16, n. 6.

(6) SAVIGNY, *Op. cit.*, § 7, p. 57.

(7) RUDORFF, *Append. n. 21*; MILONE, p. 52; RONGA, *Elem. di D. romano III*, p. 292, not. 5, ecc.

Bruns (1) crede che si tratti al § 9 dei casi di possesso giuridico che non appartengono al possesso civile, e interpreta il § 10 come Savigny. Coloro invece che sostengono avere la coniuge donataria un possesso civile, danno del § 9 una diversa spiegazione. Così il Ruggieri, il quale, tornando alla Glossa, interpreta nel senso che spetti l'interdetto anche a coloro che posseggono senza titolo giusto, come il coniuge donatario; non ad altri che a possedere sono autorizzati, come il colono (2). Non muta però la spiegazione del § 10.

Dei due frammenti troviamo interpretazioni discordanti da quella quasi universalmente accettata anche in alcuni, che pure non sostengono darsi l'interdetto al detentore, così in Vangerow (3); ma di essi non occorre parlare.

Piuttosto è bene accennare al modo, con cui gli scrittori, i quali intendono *possessio naturalis* per detenzione, vi adattano il § 10.

Thibaut (4) interpreta nel senso che spetti al marito l'interdetto quando la moglie sia cacciata, non gli spetti invece se è cacciato il colono di lei. E adduce motivi d'ordine morale. Quest'opinione, che Puchta disse avere appena l'apparenza di fondamento, fu confutata da Savigny (5) compiutamente.

Pfeifer (6), il quale crede che la coniuge donataria non abbia neppure il possesso giuridico, spiega il § 10 in questo senso: spetta alla coniuge donataria l'interdetto se essa ritiene presso di sé la cosa donata, non, se la dà in affitto, poichè in questo caso essa non ne ha più neppur la detenzione. Rudorff dice a ragione che questa ipotesi contiene tanti errori quante affermazioni, e lo dimostra all'evidenza.

(1) BRUNS, *Das Recht* ecc., p. 65.

(2) RUGGERI, *Op. cit.* §§ 106-112.

(3) VANGEROW, § 199; ZIELONACKI, *Der Besitz* ecc., p. 63; *confutati da RUDORFF*, App. n. 21.

(4) THIBAUT, *Abhandlungen über Civilis possessio*, p. 339; *Archiv.* XVIII, p. 178. (Puchta, § 135, not. a).

(5) SAVIGNY, p. 57, not. 2

(6) PFEIFER, *Was ist und gilt im röm. Rechte der Besitz?* Tübingen 1840, p. 45-46.

Kindel (1) poi dà al passo controverso questo significato « non spetta l'int. alla moglie, se il marito spossessi solamente il colono senza far violenza a lei »; al che risponde Randa (2) non esser necessaria la violenza personale perchè vi sia la *vis*. Ulpiano certo non volle dire, come osserva Ruggieri, che espulso il colono, per mezzo del quale la coniuge donataria ritiene il possesso, non si dia ad essa l'interdetto; il che sarebbe assurdo.

Ci pare quindi che la spiegazione del § 10, dai più accettata, sia veramente la più fondata e ragionevole. Che la coniuge donataria poi abbia non solo la detenzione, ma un vero possesso giuridico della cosa donata, è stato ampiamente dimostrato; ed è riconfermato dal fatto che il § 10 la contrappone al colono. E per conseguenza la espressione *possessio naturalis* del nono frammento non può in niun modo significare la nuda detenzione.

Una riprova di tutto ciò si ha nei Basilici, ove i due paragrafi sono riprodotti, ed ove uno scolio aggiunge questo chiarimento « colonus autem fundo deiectus non agit interdicto, » quia aliis possidet (3) ».

I §§ 13-17 del f. 3, che si riferiscono all'usufruttuario, sia che a lui si conceda l'int. *U. V.* come diretto o solo come utile, o che gli si voglia dare uno speciale rimedio (4), non possono servire a'la tesi in favore della nuda detenzione.

Intorno ai f. 12 e 18, la Glossa aveva già posta con sicurezza la base di una giusta risoluzione d'ogni difficoltà, negando l'interdetto al colono; poichè in essi si tratta di un colono che ha intervertito il suo titolo, proibendo di entrare nel fondo al padrone, o ad altri da lui autorizzato a prenderne possesso, col che, al dire di Cuiacio (5) « videtur dominum de-

(1) KINDEL, *Krit. Bemerkungen zu den Besitztheorien von Randa und Ihering ecc.*, p. 213. (Vedi RANDA p. 131, not. 14).

(2) RANDA, *Der Besitz*, p. 131, not. 14.

(3) BASIL. XL, tit. 17, cap. 7. (Heimbach).

(4) DONELLO, loc. cit.; SAVIGNY, p. 565; RUDORFF, n. 162; BRUNS, p. 66; MILONE, p. 52.

(5) CUIACIUS, *Quaest. Pap. Op.* vol. IV, p. 652.

iecisce de possessione». Dal momento di tale *deiectio*, e non del contratto d'affitto il colono comincia a possedere (1).

Quanto al § 33, f. 1, è chiaro che parlandosi di «res depositæ, commodatæ ecc.» si tratta di cose mobili, le quali non possono essere per se oggetto dell'interdetto, ma sono comprese nella restituzione del fondo, oggetto principale della ricuperazione, per il solo fatto che in esso si trovano: il che è detto dalla legge stessa al § 6.

Una considerazione generale che avvalora la nostra tesi si trova già in Costanzio Rogerio, in Vinnio (2), e viene ripetuto dal Ruggeri (3) e da altri.

Costantino ammette (4), che se venga tolto il possesso dell'assente, discacciatone chi deteneva in suo nome, come un congiunto, un amico, un servo, un colono, ecc., possa costui sperimentare l'interdetto *Unde Vi*. Adunque non lo esperimenta a nome proprio, ma di colui per cui possedeva; altrimenti con niuna opportunità si farebbe tale osservazione sul mandato. E neppure a nome di quello può esperimentarlo, se il medesimo non sia assente; perchè solo nel caso di tale assenza apparve all'Imperatore troppo frequente la insufficienza dell'essere stato a lui solo regolarmente dato l'interdetto, e perciò il bisogno di provvedere dandolo all'altro (5).

(1) SAVIGNY, p. 266, not. 3; RUDORFF, n. 84.

(2) CONSTANTIVS ROGERIVS, *De remediis possessoriis*. Tract. iuris. Tom. III, p. 245.

(3) RUGGERI, Loc. cit.

(4) *Cod. Theod.* l. 1 *Unde Vi*; *Cod. Iust.* l. 1. *Si per vim vel alio modo*.

(5) WINDSCHEID (*Pand.* § 160, not. 1) osserva come solo nella legge 11 *Cod. Unde Vi* si sia assimilato al possessore il non possessore, il cui fondo sia stato occupato durante la sua assenza.

CAPO II

La legge contro la privata violenza.

§ 1.

Si pretende che la legge VII Cod. Iust. *Unde Vi*, contenente una Costituzione dell'imperatore Valentiniano, abbia esteso alle cose mobili l'interdetto *Unde Vi*, il quale secondo la legislazione anteriore spettava per le sole cose immobili.

La legge VII contiene una severissima disposizione contro la ragion fattasi in materia possessoria, ed è redatta in questi termini:

« Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum iudicialis arbitrii violenter invaserit; dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, et dominium eiusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit; non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earumdem rerum restituere compellatur ».

Questa disposizione ebbe nella legislazione imperiale dei precedenti ed ebbe pure delle posteriori applicazioni: degli uni e delle altre bisogna tener conto per bene apprezzarne il valore.

Una prima Costituzione di Costantino contro gli *invasores* dispone che chi fu espulso debba venir senz'altro reintegrato, e che in seguito, se il giudizio del merito sarà sfavorevole all'invasore, questi venga deportato e gli siano confiscati i beni; se invece gli sarà favorevole, si devolva ad ogni modo al fisco metà della cosa controversa. Qui si tratta d'una pena pubblica; e perciò la costituzione fu posta nel Cod. Theod. come terza, dopo due altre contro gli *invasores* al tit. *Ad Legem Juliam*

de vi.... Essa fu riprodotta allo stesso titolo nel Cod. Giust. ma tralasciando l'ultimo inciso che non si accordava più con quanto avevano in seguito fatto gli Imperatori (1).

Un'altra sua costituzione, posta nel Cod. Theod. al *Tit. Finium regundorum*, e riprodotta nel Cod. Giust. allo stesso titolo (2), dispone che chi invade la cosa altrui mentre è pendente la lite dei confini, se riesce vincitore, restituisca il mal tolto, se è vinto, dia altrettanto del terreno proprio. Qui appare per la prima volta la pena privata della perdita del diritto di agire e di una multa, che equivale alla stima della cosa, contemplata dalle costituzioni posteriori.

Una costituzione degli imperatori Teodosio, Arcadio e Onorio stabilisce che chi occupa un fondo a lui promesso per suffragio, ma non ancora trasferito con le debite formalità, lo debba restituire perdendo ogni suo diritto. Tale costituzione sta al *Tit. Si certum petatur de Suffragiis* del Cod. Teod. e *De Suffragiis* del Giustin. (3).

Una costituzione degli imperatori Graziano e Valentiniano II minacciava la perdita del diritto di agire a coloro, i quali, sotto forma di valersi di un rescritto o di una sentenza, commettessero uno spoglio. La disposizione fu travisata da Triboniano (del che lo rimprovera Gothofredo, p. 444-45) nel senso di minacciare tal pena a coloro che si valessero di un rescritto o di una sentenza senza convenire i padroni, i loro attori o procuratori.

Questa costituzione sta in entrambi i codici al titolo *Unde Vi* (4). Fin qui si tratta di pena pubblica o di pena privata ma per casi speciali.

Ma una seconda costituzione di Valentiniano II dell'anno 389 sembra aver generalizzato queste disposizioni particolari, e averle estese ad ogni caso di violenza contro i possessori (5).

(1) *Cod. Theod.*, ix, tit. 10, l. 3; *Cod. Iust.*, ix, tit. 12, l. 7.

(2) *Cod. Theod.*, ii, tit. 26, l. 2; *Cod. Iust.*, iii, tit. 29, l. 4.

(3) *Cod. Theod.*, ii, l. 2, *Cod. Iust.*, iv, tit. 3, l. unica.

(4) *Cod. Theod.*, iv, 22, l. 2; *Cod. Iust.*, vi, 4, l. 8.

(5) *Cod. Theod.*, iv, tit. 22, l. 3. — « Plerosque detectum est, in rem pri-
» vatam nostram, quam publicatio celebrata quæsiverat, invasisse: quam nos

Valentiniano III ripeté tale sanzione contro colui che « possessorum de praedio rustico urbanoque depulerit ». Questa sua disposizione, che nel Cod. Theod. formava un titolo speciale *De Invasoribus* (1), non è più stata ripetuta, come superflua, nel Cod. giustiniano. Invece la costituzione di Valentiniano II, modificata nella dizione, fu mantenuta al tit. U. V. come legge 7.

Sono quindi in errore coloro (2) che attribuiscono la celebre legge a Valentiniano III; il che del resto appare facilmente da un confronto delle rispettive disposizioni (3). Piuttosto della Costituz. di Valentiniano III è rimasta traccia nella legge di Atalarico sullo stesso argomento, come vedremo in seguito.

Una costituzione dell'imperatore Zenone punì il conduttore ed il precarista, che non restituiscano la cosa detenuta al padrone che la voglia recuperare, *ad similitudinem invasoris* (4).

Ecco intanto le osservazioni che scaturiscono da questo breve esame:

1° Le varie leggi furono conservate nel Cod. Giust. al titolo stesso del Cod. Teod.

2° Tutte le leggi che precedono quella di Valentiniano II e la costituzione di Valentiniano III si riferiscono ai soli immobili. Di fatti nelle prime ricorrono le parole: *fundus, loca* e simili.

» a retentitoribus ereptam sociari iubemus aëario, punientes contumacios, quam
» decus publicum sinebat, erectos, ut, qui litem inferre potuissent, nolent
» expectare iudicium ac spernerent victoriam, quam iustitiæ præscripsisset
» eventus, et amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis
» operiri noluerit litis eventum, et quod recipere lege potuisset, contemptor
» examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem provexit au-
» dacia, ut, quod iurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante even-
» tum iudicialis arbitrii illicita præsumptione temerarent, æstimationem rei,
» de qua litigari convenerat, cogantur exsolvere. Quod quidem etiam in pri-
» vatis observandum negotiis generali lege sancimus. (HENEL, col. 432, 433).

(1) *Cod. Theod.*, tit. XIX, lib. I. *Legum novell. Theod. Const. I.*

(2) MAYNZ, D. rom. § 90, not. 19. DOVERI, Istit. di D. rom., p. 450; MILONS, p. 50.

(3) JACOP. GOTHOF. *Cod. Theod.* Mantova 1740, p. 446 e p. 366; BRUNS, Op. cit. p. 75.

(4) *Cod. Iust.*, VIII, 4, l. 10; IV, 65, l. 34.

Non vi è dubbio del pari per quella di Valentiniano III, la quale fa richiamo a quella di Valentiniano II e parla di *proœdia rustica vel urbana*.

3° La legge VII Cod. Giust. *Unde Vi* è redatta nella sostanza cogli stessi termini della l. 3, Cod. Theod. *Unde Vi*.

4° Quando fu emanata e accolta nel Cod. Theod. la Costituzione di Valentiniano II, perdurava nella sua antica funzione recuperatoria l'int. *Utrubi*.

Dei Digesti si cita il *Decretum Divi Marci*, il quale puniva con pena simile a quella applicata di poi agli invasori i creditori che avessero tolta violentemente ai loro debitori la cosa mobile od immobile loro dovuta (1). A tale disposizione si può veramente far risalire la prima idea del noto provvedimento.

Si citano poi specialmente due passi di Ulpiano che limitano recisamente l'interdetto ai soli immobili (2). Il secondo di essi è così concepito: « Illud utique in dubium non venit, interdictum » hoc ad res mobiles non pertinere. Nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi ».

Questi brani non han valore di per sè, perchè nessuno nega che così stesse la cosa ai tempi di Ulpiano; ma lo acquistano dal fatto che furono accolti nella Compilazione Giustiniana, in cui si pretende fosse in vigore il principio opposto.

Più importante è il passo delle Istituzioni ove Giustiniano parlando in tempo presente, anzi fatta parola delle costituzioni imperiali, fra cui è senza dubbio quella in questione, ribadisce la massima che solo agli immobili spetta l'*U. V.* « Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex » possessione fundi, vel ædium vi deiectus fuerit (3) ». L'accento alle costituzioni, che regolarono la materia secondo il principio sopra esposto, è fatto nello stesso paragrafo: « Sed » ex Constitutionibus sacris si quis rem per vim occupaverit; » si quidem in bonis eius est, dominio privatur, si aliena post » eius restitutionem, etiam rei æstimationem dare vim passo

(1) *Dig.* IV, 2, f. 13.

(2) *Dig.* XLIII, 16, f. 3-6.

(3) *Inst.* IV, 15, § 6, e tit. 2, § 1; RUGGIERI. Op. cit., vol. II, § 733.

» compellitur »; e più esplicitamente ancora nel § 1 *De Vi Bon. rapt.* Da questo ultimo passo argomentano i sostenitori della pretesa estensione, come vedremo fra poco.

Teofilo, accennando ancora con maggiore evidenza al diritto nuovo, riconferma l'antica restrizione (1). La quale è sancita nei Basilici, e commentata negli scolii ai medesimi (2).

§ 2.

Queste le fonti. Per quella parte di esse che riguarda la legislazione imperiale, solo da Savigny in poi se ne trasse partito, poichè con lui veramente è incominciata la controversia. Cosicchè non metterebbe conto di esaminare lo stato della dottrina anteriore, tutta quanta concorde nell'ammettere la sopracennata restrizione, se da tale esame non scaturisse anche il modo diverso con cui la si volle giustificare.

Stanno dunque per la restrizione:

La Glossa, che allega la ragione di Ulpiano, essersi provveduto ai mobili colle azioni *furti, bonorum, raptorum, ad exhibendum*, « quod non est in immobili, aggiunge Accurzio, quia se exhibet » (3). Azone e i Glossatori in genere, e in seguito Bartolo, Alberico da Rosate e tutta la scuola dei Commentatori trovano un motivo sufficiente della restrizione nelle tre azioni suddette e nel fatto che quella dei mobili è una « vilis et abiecta possessio ». Azone anzi fa un confronto con la famosa legge VII: « Illud certum est hanc constitutionem locum » habere tam circa mobilia, quam circa immobilia, sed interdictum *Unde Vi* circa res soli tantum (4). Alciato non mena buono ad Accurzio e agli altri dottori la ragione della viltà del possesso mobiliare, poichè a tale stregua neppure si dovrebbe dare per essi l'*Utrubi*, che pur compete, ed aggiunge: « Verisimile est noluisse legislatorem causam possessionis a pro-

(1) Parafrasi greca attribuita a Teofilo, iv, 15.

(2) BASILICI. LX, tit. 17, cap. 7, § 4, 6.

(3) Glossa « agi ».

(4) AZONE, *Summ. in Ius. civ.* Lugduni 1564, p. 221.

» prietate in his separari, quia satis consultum per alias actiones credidit (1) ». Nota poi la maggior ampiezza della reintegranda, che spetta anche pei mobili; osservazione che ritorna in quasi tutti gli autori posteriori. Menochio dice che della restrizione « rationem, reiecta aliorum minus probabili, adfert Alciatus (2) ».

Plateano, Duareno, Cuiacio, Pacio, Gothofredo, ecc. (3), ribadiscono la massima e alcuni anche il confronto con la reintegranda. Fin qui si tratta di ragioni giuridiche, Donello ne dà una ragione d'indole materiale. « Non deicitur loco nisi in eo consistens. Non consistimus nisi in re quæ non movetur (4) ». Ramos del Manzano ripete lo stesso motivo, notando la maggior estensione dell'*actio spoli* (5). Il che è negato dal discepolo di lui Fernandez de Retes, il quale crede che anche la reintegranda spetti ai soli immobili (6). Vinnio, Voet, Pothier concordano coi sopracitati (7).

Con gli autori moderni la discussione si allarga, poichè essi dovettero combattere le ragioni messe innanzi da Savigny, le quali da Thibaut in poi hanno avuto numerosi e validi oppositori (8). È quindi bene anzitutto accennare alla dottrina del Savigny.

Egli osserva che le tre azioni citate nel passo di Ulpiano suppongono un interesse fondato su un diritto, non sono quindi

(1) ALCIATUS, *Opera*. Tom. I, p. 1463.

(2) MENOCHIVS, *Op. cit.* Rem. I, n. 39.

(3) PLATEANUS, *De Interdictis*. (Tract. action. 1568), p. 323; DUARENUS, *Com. in Dig.*, XLIII, 16; CUIACIUS, *Op.*, tom. IX, p. 1148; PACIUS, *Disp.* XXIII, n. 11; GOTHOFREDUS, *Com. in Dig.*, XLIII, 16.

(4) DONELLUS, *Lib. xv*, cap. 31.

(5) RAMOS DEL MANZANO, *De acq. vel amit. poss. Append.* Cap. II, § 21. (The-sau. Meerman. VII).

(6) FERNANDEZ DE RETES, *De interd.* (Th. Meerman, VII, p. 514).

(7) VINNIUS, *Com. in lib. IV Instit.*, n. 1; VOET, *Com. ad Pand.*, XLIII, 16, n. 2; POTHIER, *De la possession*, p. 63; e *Pand.*, XLIII, 16, artic. II.

(8) THIBAUT, *Archiv. f. Civ. Prax.*, I, p. 105; PUCHTA, *Vorles.* § 135, n. 3 VANGEROW, *Pand.*, III, § 690; MÜHLENBRUCH, *Doct. Pandect.*, pag. 369; HAIMBERGER, *D. romano*, § 195, not. 2; MOLITOR, *Del possesso*, n. 72; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 174; RUNS, *Das Recht.*, p. 74; *Die Besitzklagen*, p. 177; MAYNZ, *Droit.*

difese del possesso in sè. Spiega tale difetto nel diritto antico, e dimostra come ad esso riparò l'*Utrubi* in due modi, e perchè non si considerava perduto il possesso di una cosa se non si verificavano gli estremi del furto, e mediante la eccezione di vizioso possesso. Non si sarebbe quindi assimilato l'*Utrubi* all'*Uti possidetis*, e lasciata scoperta la difesa dei mobili, ove ad essa non si fosse provveduto con altre leggi, cioè appunto con quella di Valentiniano. La quale è redatta in termini così generali da comprendere mobili ed immobili, ed ordina: 1° la restituzione del possesso; 2° la perdita della proprietà o del valore.

Nella prima sua funzione vi è una vera estensione dell'*U. V.* ai mobili. Una vera estensione, non ostante che all'epoca in cui fu emanata la Costituzione ancor non fosse mutato l'*Utrubi*, perchè essa è posta nello stesso titolo dell'*Unde Vi*, e perchè non sono determinate le regole per la sua applicazione; prova questa evidente che le si dovevano applicare quelle dell'*U. V.* Quanto ai passi delle Pandette e delle Istituzioni, i quali limitano l'*U. V.* agli immobili, essi sarebbero una delle loro tante contraddizioni.

Si sono accostati a Savigny con maggiore o minor sicurezza Hugo, Rudorff, Mackeldey, Troplong, Dalloz, De Parieu, Scialoja, Randa, Wächter, e recentemente anche Winscheid nelle ultime edizioni del suo *Lehrbuch des Pandektenrechts*, mentre nelle prime si era mostrato fautore della opposta opinione (1). Si può dire che essi non aggiungono nulla di nuovo; Winscheid si limita a questo. « Poichè la legge proibisce sotto pena la vio-

Rom., § 90; DERNBURG, *Pand.*, p. 429, not. 16; APPLETON, *De la poss.*, § 178; BRINZ, *Pand.* 5ª ediz., p. 746; JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso* (Trad. di Forlani), cap. VIII, p. 104; BARON, *Pand.*, § 122; *Gesch. des R. Rechts*, § 106; VERING, *Gesch. und Pand. des R. Rechts*, § 150, n. 9; BÖCKING, *Ist. di D. civ. rom.*, III, § 49; RUGGIERI *Op. cit.* § 734; MILONE, *Op. cit.* p. 50.

(1) HUGO, *St. del D. rom.* § 255; RUDORFF, *Append.* n. 152; MACKELDEY, *Man. del D. rom.*, § 247, not. 6; TROPLONG, *De la prescription*, n. 287; DE PARIEU, *Act. poss.*, p. 35, cap. III; SCIALOJA, *Trattato delle azioni possessorie*, n. 696, 697, p. 375; RANDA, *Der Besitz*, p. 134, not. 22; WINDSCHEID, *Pand.* 5ª ediz., § 160, not. 4; WÄCHTER, *Pand.*, § 128, parte II, p. 92.

lenta sottrazione delle cose, ne viene come natural conseguenza che le cose tolte si debbano restituire». Nè secondo lui si può obbiettare che la legge proibisca le violenti sottrazioni solo in vista della giustizia fattasi, poichè le parole della legge non giustificano tale restrizione, e del resto non è meno da punirsi chi usa violenza senza invocare per se un diritto, di colui che lo usa invocandolo. Al nuovo provvedimento convengono le regole dell'U. V.

§ 3.

Si pone da Savigny come premessa che la legge VII riguardi tanto i mobili come gli immobili, a motivo dei suoi termini generici. Se questa legge debba o non riferirsi anche ai mobili, è una questione da gran tempo controversa, e mentre, p. e., la Glossa è per l'affermativa (1), Menochio (2) sostiene la negativa.

Ma Giustiniano accenna all'esistenza di un provvedimento identico a quello della legge VII in un passo delle Istituzioni al Tit. *De vi bon. rapt.* così concepito: «*melius divalibus Con-*»
»*stitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi*»
»*rapere vel rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem*»
»*rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit,*»
»*rei quidem suæ dominio cadere: sin autem aliena sit, post*»
»*restitutionem eius, etiam æstimationem eiusdem rei præstare.*»
»*Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, Con-*»
»*stitutiones obtinere censuerunt: sed etiam in invasionibus,*»
»*quæ circa res soli fiunt (3) »*. Dalla combinazione di questo passo e di quello del titolo *De interdictis* sopracitato con la legge VII sono sorte varie opinioni ed ipotesi.

Savigny e i seguaci della sua dottrina vi veggono un accenno a quanto essi affermano, e una prova di più per l'estensione dell'*Unde Vi* ai mobili. La loro idea parrebbe avesse già avuto un precursore in Menochio, il quale scrisse che dalle parole del

(1) Glossa «*rerum*».

(2) MENOCHIUS, *Remed.* XIV, n. 265.

(3) *Inst.* IV, tit. 2, §. 1.

passo *De vi bon. rap.* «satis intelligimus extendi interdictum » *Unde Vi*, cum antiquitus pro possessione rei mobilis concessum non fuerit... (1) »; ma le sue parole non vanno intese secondo il senso letterale, visto come egli recisamente neghi altrove tale estensione, e visto ancora come egli, appunto in seguito sostenga che tal passo non può riferirsi alla legge VII, la quale, come già vedemmo, comprenderebbe secondo lui i soli immobili. Quindi le sue parole debbono intendersi piuttosto nel senso che egli vedesse nel passo citato un accenno ad un provvedimento per i mobili, della stessa natura di quello della legge VII, che si era venuto a sostituire all'antico interdetto.

Così la penserebbe tra i moderni il Ruggieri, il quale crede che quei due brani si debbano riferire pegli immobili alla legge VII, ma pei mobili invece al *Decretum Divi Marci* (2). Senonchè mentre il decreto tratterebbe solo di cose tolte al possessore debitore, Giustiniano ne parlerebbe come se avesse provveduto a qualunque caso di violenta occupazione di cose mobili ed immobili (3).

Bruns crede per contro che i due passi delle Istituzioni si riferiscano realmente alla sola legge VII; ma che mentre questa comprende i soli immobili, Giustiniano la consideri da un punto di vista più ampio e ne estenda anche alle cose mobili il provvedimento (4).

Brinz invece percorre un cammino affatto opposto; egli crede che con la legge VII si sia esteso agli immobili un mezzo di difesa proprio dei mobili. Per difendersi contro chi violentemente occupasse una cosa altrui bastava l'azione *Vi bon. rapt.*; ma non si era provveduto ancora a colui che avesse commesso violenze col pretesto di farsi giustizia; vi si provvede colle Costituzioni imperiali prima pei mobili e poi per gli immobili, siccome sarebbe detto da Giustiniano stesso: « Quod

(1) MENOCHIUS, Loc. cit.

(2) Dig. IV, 2, f. 13.

(3) RUGGIERI, Loc. cit.

(4) BRUNS, *Das Recht.*, p. 75.

non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt... sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt (1) ».

Questa sua ipotesi si potrebbe far risalire fino ad Accurzio, che già aveva scritto aver luogo questa costituzione per gli immobili, « licet pro mobilibus maxime sit inventa (2) ».

La restrizione della legge di Valentiniano ai soli immobili si fonderebbe sul fatto che il verbo invadere usato nel Cod. Teod. e Giustin. si può solo ad essi riferire; come affermerebbe Giustiniano stesso nel passo sopracitato delle Istituzioni « in invasionibus, quæ circa res soli fiunt ».

Avvertiamo anzitutto che questo inciso potrebbe interpretarsi non come una illustrazione puramente dottrinale della parola *invasiones*, ma come una specificazione della medesima; cioè in questo senso, che le citate costituzioni abbiano vigore per quelle invasioni, le quali si operino circa le cose immobili. Ma, ammettendo anche la prima interpretazione, occorre osservare che se la regola è mantenuta in molti casi nelle fonti, in altri non è osservata (3). Al titolo *De Incendio, Ruina, Naufragio*, ecc., parlando delle cose salvate si punisce coloro che « quæ servari possint, flagitiose invaserint (4) ». Al tit. *De Usuris* ecc. è detto « pecuniam communem invaserit (5) »; e al titolo *De hereditatis petitione* è ripetuto in generale « bona invadere (6) ». Quanto afferma Giustiniano nelle Istituzioni non è quindi sufficiente motivo a che si restringa l'applicazione della legge VII Cod. Giust. *Unde Vi*, e conseguentemente della legge III Cod. Teod. *Unde Vi* aⁱ, soli immobili; quando poi si è costretti per giustificare le parole di Giustiniano ad architettare delle interpretazioni alquanto arbitrarie, quali sono quelle soprariferite del Bruns e del Ruggieri. Noi quindi cre-

(1) Glossa « earum rerum ».

(2) BRINZ, *Pand.*, p. 746. Contro l'argomento del Brinz sta la considerazione, che se colà Giustiniano parla anzitutto delle cose mobili, ciò è dovuto al fatto, che tale titolo tratta appunto della rapina dei mobili.

(3) DIRKSEN, *Manuale latinitatis font. iur. civ. Rom.* « Invadere ».

(4) *Dig.* XLVIII, 9, f. 1.

(5) *Dig.* XXII, 1, f. 1, § 1.

(6) *Dig.* V, 3, f. 20, § 6, f. 25, §§ 2-3.

diamo che mentre le leggi precedenti, e quella di Valentiniano III si riferiscono ai soli immobili, per contro la legge di Valentiniano II fin dalla sua origine si riferisse anche ai mobili; il che è conforme se non alla lettera certamente però allo spirito del passo sopracitato delle Istituzioni al tit. *De vi bon. rapt.* (1).

Del resto è una questione puramente di modalità; poichè tutti gli autori vengono a questa medesima conclusione, la quale sola a noi importa, che nella legislazione giustiniana la legge VII, o, il che fa lo stesso, una legge perfettamente uguale vigeva pei mobili.

Posta questa base si deve ora vedere se la disposizione famosa costituisca una penalità sussidiaria alla restituzione del mal tolto possesso, e avente per fondamento: — l'interdetto *Unde Vi*, da essa esteso ai mobili, secondo Savigny; — l'interdetto *Unde Vi* per gli immobili, e l'*Utrubi* o le *Condictioes possessionis* pei mobili, secondo Bruns (2): — una nuova azione per recuperare il possesso, come nega Thibaut, e affermano invece Mühlenthal, Van Wetter, Milone (3); continuatori in ciò fino ad un certo punto della dottrina antica, che faceva tanti rimedi possessorî quante erano le leggi su tale materia (4).

Abbiamo visto che quando fu emanata ed accolta nel Codice Teodosiano la nota costituzione, nulla erasi ancor mutato quanto all'*Utrubi*. Ciò prova evidentemente che era ben lontana da Valentiniano l'idea di estendere con tale provvedimento l'*Unde Vi* ai mobili, e che diverso affatto era lo scopo della legge.

Non si può quindi argomentare in favore della pretesa estensione dal fatto che la Costituzione si trovi al titolo *Unde Vi*. Poichè, anche senza trarre in campo col Thibaut la nota ne-

(1) Vedi, per non citar gli antichi, MÜNSTERLOCH, *Zur Gesch. der Besitzklagen* (Zeit. f. R. Gesch. IV, p. 81); MOYLE, *Imp. Inst.*, IV, 2, § 1, ecc.

(2) BRUNS, *Das Recht.*, p. 76; *Die Besitzklagen*, § 13 e 14.

(3) MÜHLENBRUCK, *Doct. Pand.* § 134, 244, n. 7; VAN WETTER, *De la possession*, n. 140; MILONE, *Op. cit.* p. 50, not. 2.

(4) Menochio pone la legge VII come nono dei suoi diciassette rimedi per recuperare il possesso, fra i quali Donello (Lib. XXI, cap. 1) gli rimprovera di avere annoverate molte condizioni.

gligenza dei compilatori giustinianeî, è facile vedere come la nostra costituzione si trovi a buon diritto nel titolo che tratta in genere delle violenti spogliazioni accanto all'*Unde Vi*, con cui ha comune il presupposto; cosicchè già vi si trovava, come osservò Bruns, nel Cod. Teodosiano, in cui non eravi ancora nessun motivo per la pretesa estensione.

Fu essa opera di Giustiniano, come parrebbe credere Savigny col dire che appunto dopo l'emanazione di tale legge fu possibile toglier di mezzo l'*Ulrubi*? Ma egli che conservò la legge allo stesso luogo, senza nulla mutare nella sua sostanza, ne avrebbe cambiato o almeno modificato lo scopo così profondamente senza neppure un accenno?

Non si può del pari argomentare dal fatto che nessuna regola sia data per l'applicazione di tale Costituzione, nè sostenere per conseguenza che vi si debbano applicare quelle dell'*Unde Vi*. Da ciò si può invece trarre un valido argomento in contrario.

È facile invero determinare le norme della Costituzione dal suo stesso contenuto, dalla sua natura e dal suo scopo. A chi si dia, è detto in essa: *possessori*. Dalla sua natura appare poi che non sarà ammessa l'*exceptio vitii*. Dal suo scopo, che è penale, scaturiscono altre due regole per la sua applicazione: non si darà contro i terzi, sarà perpetua (1).

(1) Ho detto che l'azione nascente dalla legge VII non si potrà prescrivere che nel termine di trent'anni, fondandomi sulla natura del provvedimento. Ma crederei di poterne avere una prova nelle fonti stesse, cioè nella legge II Cod. *Unde Vi*. Tralascio la tanto dibattuta questione sul significato da darsi all'espressione « vacua possessio », perchè non ha tratto al mio argomento, e vengo al resto della legge. Giustiniano afferma che egli vuole provvedere contro coloro che detengono « *sine iudiciali sententia vacuam possessionem absentium; quia veteres leges, nec unde vi interdictum, nec quod vi aut clam, vel aliam quamdam actionem, ad recipiendam talem possessionem definebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes* ». Ed ecco il provvedimento « *Nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones, per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem, uti prædonem intelligi, et generali iurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. Ridiculum etenim est*

Si è perciò assai lontani dalle regole dell'*Unde Vi*, il quale al tempo dell'emanazione della legge ammetteva ancora l'eccezione di vizioso possesso, e non fu mai neppure sotto Giusti-

dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit ». E finisce con lo stabilire che questa sua disposizione per il riacquisto di tale possesso non venga meno « si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula ».

In questa legge tutti gli autori veggono una applicazione dell'interdetto *Unde Vi* ad un caso speciale. A noi pare che in questa legge non possa trattarsi dell'*Unde Vi*, al modo stesso che non si tratta del *quod vi aut clam*; ma che invece bisogni ricorrere ad alcuna di quelle *alias quasdam actiones* citate pure da Giustiniano, e precisamente alla l. VII Cod. *Unde Vi*.

Ed ecco per quali ragioni:

a) Anzitutto l'enumerazione che Giustiniano fa in principio della legge non implica necessariamente che egli abbia voluto estendere un solo o tutti tali rimedi giuridici al suo caso; egli vuole soltanto constatare che nel diritto antico non si era provveduto, con nessuno di quei mezzi, con cui sarebbe stato possibile ciò fare, e che quindi era opportuno venisse provveduto da lui.

b) Si propone quindi di trattare tali detentori *uti praedones*, e di punirli con quelle leggi, che il diritto anteriore già dava contro *huiusmodi personas*. Si può dire che l'interdetto *Unde Vi* mirasse alla punizione dei *praedones*? O non è questo piuttosto lo scopo al tutto specifico della legge di Valentiniano II e delle altre analoghe?

Non possono far difficoltà quelle parole « pro restituenda possessione » poichè nella legge VII è detto ripetutamente « possessionem restituat, reddat ». Le parole che vengono dopo confermano la nostra opinione. Infatti Giustiniano non dice di estendere al caso le leggi che provvedono in genere alla restituzione del possesso, ma quelle che provvedono alla restituzione del possesso contro *huiusmodi personas*, cioè i predoni. Si noti poi che egli usa la parola *leges*, non la parola *interdictum*; e che la usa al plurale perchè le leggi come vedemmo erano più, e perchè anche del plurale egli si serve nell'accenno che alle medesime fa al Tit. *De vi bon. rapt.* e *De Interd.* delle Istituzioni.

Ma vi è nelle parole di Giustiniano una determinazione ancor maggiore. Egli punisce tali occupatori perchè ciò fecero *sine iudiciali sententia*, e perchè non vuole che altri usurpi *per suam auctoritatem alienam rem quasi propriam*. Ora la caratteristica delle leggi sopracitate è appunto la ragione fattasi; ed in esse ricorrono quasi le stesse parole « ante adventum iudicialis arbitrii etc. ».

c) In ultimo, egli afferma che l'azione da lui data non si preserverà che nei 30 anni. Ora l'*Unde Vi* si prescrive nell'anno. Nè si può argomentare dalla l. 1 del titolo seguente, poichè là si tratta d'una deiezione operata contro

niano perpetuo. Resta con ciò assodato che ben diversa era la sfera d'azione degli interdetti e della legge famosa, e che questa non potè mai neppure sotto Giustiniano mirare alla pretesa estensione.

§ 4.

Ma, si dice, assimilato l'*Utrubi* all'*Uti possidetis*, si sarebbe prodotta nella difesa dei mobili una grave lacuna, ove non si fosse esteso ad essi l'*Unde Vi*.

Vi è chi nega che tale lacuna sia mai esistita (1), e afferma che l'*Utrubi* abbia conservato anche dopo la sua trasformazione l'antica funzione recuperatoria. Tra gli altri il Bruns, il Machelard e il Brinz (2). La questione è molto sottile e controversa, e ci trarrebbe troppo in lungo. Senza quindi entrarvi ci limitiamo a notare che al § 6 del tit. *De vi et De vi armata*, non è fatto accenno all'*Utrubi*, mentre è molto probabile che Ulpiano vi avesse invece accennato; e che ad ogni modo la ricuperazione mediante l'*Utrubi* sarebbe stato in disaccordo col principio sancito al § 6 *De Int.*, in cui si esclude l'*exceptio vitii*, e col disposto della legge VII del Cod. U. V. (3).

Dunque la lacuna esistette realmente.

Ma anzitutto, si è per ciò solo che essa esisteva autorizzati a riempirla con la forzata estensione dell'*Unde Vi*?

le persone, che detenevano la cosa per conto dell'assente: nè vale quanto osserva Savigny (p. 456, not. 2), che trattandosi di uno spogliatore che ancora detiene la cosa l'interdetto *Unde Vi* diventa di per se oltre annale in virtù della clausola « post annum de eo, quod ad eum, qui deiecit, pervenit... »: perchè sarebbe stata superflua e illogica la dichiarazione di Giustiniano, e perchè egli si esprime in termini generali « restituenda possessio », senza punto distinguere il primo anno dagli altri ventinove.

Quindi le sue parole non si possono riferire che alla legge VII.

(1) MOLITOR (Poss. n. 72) dice che la legge VII, col punire la violenza privata, suppone che vi siano delle vie di diritto per recuperare il possesso dei mobili, senza che da ciò risulti necessariamente che l'*U. V.* sia stato ad essi esteso.

(2) BRUNS, *Besitzklagen*. §§ 13-14; BRINZ, *Pand.*, p. 746.

(3) RANDA, *Op. cit.* p. 134, not. 22.

Tale estensione sarebbe stata del resto non sufficiente, non necessaria e non opportuna.

Non sufficiente: perchè con ciò non si sarebbe provveduto pel caso, che nei mobili è il più importante, vale a dire per lo spoglio clandestino; poichè la continuazione del possesso fino a che lo spoglio venga a conoscenza dell'antico possessore, la quale rende possibile l'*Unde Vi* nella clandestina occupazione degli immobili, non si può invece concepire per le cose mobili (1).

Non necessaria: perchè la lacuna lamentata non era di tutta quella gravità, che a primo aspetto può parere. Già Savigny aveva notato (2) come gli interdetti non furono il prodotto di un ragionamento teorico, ma delle esigenze pratiche; come le tre azioni di Ulpiano bastavano prima degli interdetti per la maggior parte dei casi di perdita di cose mobili; e come del resto per queste non si fosse creato un interdetto speciale al modo stesso che per gli immobili, ma si fosse ottenuto *per subsequens* la ricupera con l'*Utrubi* (3).

Bruns poi ha fatto vedere come questo avesse piuttosto il carattere di un'azione reale che non di un interdetto possessorio; ed ha osservato come la difesa dei mobili non si presentò mai nel diritto romano con una figura ben determinata e così compiuta come per gli immobili (4). Di questi fatti già la scuola dei Glossatori aveva trovata una ragione nel poco conto che da quei giureconsulti si faceva del processo mobiliare; e Alciato notò molto giustamente che secondo ogni probabilità riguardo alle cose mobili il legislatore non aveva voluto «*causam possessionis a proprietate separari* (5) ». Con ciò si spiega sufficientemente la lacuna lamentata, la quale del resto si poteva far sentire in teoria, non nelle esigenze pratiche (dalle quali unicamente ripetono la loro origine gli interdetti); poichè ad

(1) BRUNS, *Besitzklagen*, p. 177.

(2) SAVIGNY, Op. cit. p. 421.

(3) RUGGIERI, Op. cit. § 736.

(4) BRUNS, *Besitzklagen*, p. 171 seg.

(5) Vedi pag. 38.

esse soddisfaceva oltre che la *condictio possessionis*, come vorrebbe Bruns (1), anche ed ampiamente la legge VII, considerata come rimedio avente una esistenza autonoma di fronte agli interdetti.

La non opportunità dell'estensione appare poi chiaramente dalla posizione data all'Unde Vi nella legislazione giustiniana; ed ancora dalle condizioni generali, a cui era ridotta in realtà la ricuperazione del possesso, tanto mobiliare quanto immobiliare.

La legge VII dava al possessore, che fosse stato vittima di un violento spoglio, la facoltà non solo di riacquistare il possesso ma di ottenere la cosa durevolmente, senza bisogno di provare il suo diritto di proprietà. Questo ultimo era lo scopo vero della legge, il riacquisto del possesso non vi appare se non come un accessorio indispensabile.

Le osservazioni, che abbiamo fatte sopra, intorno alle regole che dovettero senza dubbio governare il nuovo istituto, dimostrano sufficientemente come esso non poteva assidersi sull'*Unde Vi*, o su qualsiasi altro rimedio possessorio; ma doveva invece stare di per se come una *condictio ex lege* indipendente. Quanto ora abbiamo osservato chiarisce del pari come non sarebbe esatto chiamare questa una nuova azione possessoria, poichè lo scopo della legge è essenzialmente penale.

È certo però ad ogni modo che essa forniva un nuovo mezzo per riacquistare il possesso dei mobili e degli immobili, vantaggioso quanto e più che gli antichi interdetti.

§ 5.

Si trovavano quindi di fronte: l'antico interdetto per la violenza armata che non ammetteva l'*exceptio vitii* ed era perpetuo, l'antico interdetto per la violenza non armata che ammetteva tale eccezione ed era annale, e il nuovo provvedimento penale che per la sua natura non ammetteva l'eccezione e non poteva restringersi entro l'anno.

(1) BRUNS, *Das Recht.*, p. 27, 37, 76; *Die Besitzklagen*, p. 179.

Come è facile supporre, anche messa in disparte la pretesa estensione, il nuovo rimedio non poteva non influire in qualche modo sugli antichi.

Quale è la posizione che essi presero nei loro reciproci rapporti?

Osserva l'Appleton (1) che la legge contro la privata violenza, come tutte le misure eccessive, non dovette esser molto osservata nella pratica. Tale opinione può esser vera per i primi tempi, tanto più che Valentiniano III, nel rinnovarla, minacciò severe pene ai giudici che non la volessero applicare nei giudizi: prova questa che il caso si era dovuto verificare. Ma in seguito molte testimonianze abbiamo che essa divenne assai comune e acquistò credito e fama.

E invero Giustiniano al § 6 sopracitato, dopo esposte le regole dell'interdetto, prosegue: « Sed ex Constitutionibus sacris... », il che significa evidentemente che il nuovo rimedio aveva preso il sopravvento. La cosa si chiarisce ancor meglio in Teofilo che, esposte anch'egli le regole dell'interdetto, aggiunge: « Ἀλλὰ τούτοις μὲν οἱ παλαιοὶ αἱ δὲ διατάξεις ecc.... (2) »; parrebbe quindi che il diritto nuovo non accolga più se non il rimedio penale. In Michele Attaliate la cosa diventa ancora più evidente; poichè egli chiude l'enumerazione dei rimedi possessori col dire che i giudici al suo tempo informavano le loro sentenze su tal materia alla disposizione della legge VII (3). In Occidente essa rimane la sola difesa del possesso che in realtà si applichi.

Si è detto, in base a tali testimonianze, che la legge di Valentiniano tolse ogni pratica importanza all'*Unde Vi* (4), e che a questo rimase una posizione puramente scientifica. Ciò è vero pienamente per il periodo bizantino, e per il tempo delle dominazioni barbariche in Occidente; ma solo fino ad un certo punto pei tempi di Giustiniano.

(1) APPLETON, Op. cit. p. 171.

(2) Parafrasi greca attribuita a Teofilo, IV, 15, § 6.

(3) Vedi Parte II, Cap. I, § 6.

(4) RUGGIERI, § 736; MAYNZ, *D. rom.* § 90, not. 19.

Già Accurzio si era domandato «....quam utilitatem hodie habeat hoc interdictum cum per constitutionem *si quis in tantam* violentia puniatur». E rispondeva che per l'interdetto non vi è appello, mentre vi è per la costituzione, la quale non è un rimedio possessorio, ma petitorio; non ostante che con esso si riacquisti il possesso e in condizioni più vantaggiose ancora che con l'interdetto (1).

Ma oltre al vantaggio, un po' troppo formale, del non ammettere appello, l'*Unde Vi* ne doveva presentare altri di maggior rilievo. E ciò è tanto vero, che Giustiniano, in luogo di abbandonare al loro destino le vecchie nozioni degli interdetti, come avrebbe fatto quando esse fossero diventate realmente superflue, cerca per contro di vivificarle e di porle in armonia coi nuovi rimedi recuperatori e con le nuove esigenze della difesa del possesso.

È innegabile che la legge di Valentiniano sminuiva assai, se pure non distruggeva affatto, la importanza dell'interdetto *De vi armata*. Questo mirava a reprimere una violenza qualificata, cioè una violenza specialmente delittuosa, e del pari ai casi di violenza più grave era circoscritta la legge sopracitata, come appare dalla sua severità e dalla sua dicitura «*Tantum furoris.... audaciam....*». Nulla importa che essa parli specialmente della violenza di chi afferma di esercitare un proprio diritto, poichè, come osservò il Windscheid, non doveva essere men punito chi la commetteva senza allegare per se un diritto. Entrambi i rimedî eran penali e quindi perpetui; entrambi escludevano l'*exceptio vitii*. Ma la disposizione di Valentiniano si mostrava infinitamente più vantaggiosa dell'interdetto in un punto, cioè nell'attribuire al leso, dietro la semplice prova del possesso e della violenza come nell'interdetto, non solo il possesso della cosa, ma il dominio. Perciò Giustiniano nel toglier di mezzo l'interdetto *De vi armata*, come interdetto distinto dal *De vi* non armata, non fece che eliminare un istituto omai superfluo dalla legislazione romana (2).

(1) Vedi Parte III, Cap. I, § 1.

(2) MÜNSTERLOCH, Loc. cit. p. 81.

La cosa invece era assai diversa per il *De vi non armata*.

Bisogna notare come nella legislazione imperiale la ricupera-
zione del possesso in linea civile non fosse più ristretta nel-
l'antica sfera della *vis atrox*, e come avesse invece luogo anche
in certi casi in cui non si trattava di violenza punibile. Ri-
serviamo al paragrafo seguente ogni disquisizione sul valore
dell'espressione *Momentariae possessionis* della l. 8 Cod. *Unde Vi*,
come pure ogni disputa intorno a quali fattispecie giuri-
diche essa possa comprendere; questo fatto è ad ogni modo
fuori di contestazione, che essa afferma potersi far luogo alla
ricuperazione del possesso in molti casi, in cui non è questione
di *vis pubblica* e *privata*, e in cui qui non occorre l'*in-*
scriptio. A questi casi non si può certo estendere il disposto
della legge VII. Appare quindi come ancor rimanesse all'inter-
detto *Unde Vi* assai di importanza come azione civile; sotto
due aspetti particolarmente, cioè:

a) Quando non si trattava di violenza delittuosa.

b) Quando l'attore non voleva servirsi dell'azione penale
vale a dire non voleva denunziare la patita violenza con l'*in-*
scriptio, la quale aveva per effetto di sottometerlo alla pena
del talione, cioè alla stessa pena dell'avversario ove egli fosse
rimasto vinto nel giudizio (1).

La riforma di Giustiniano si sarebbe potuta arrestare a
questo punto, limitandosi a sanzionare l'eliminazione, che la
pratica doveva aver già compiuta, del *De vi armata*, e lasciando
sussistere il *De vi non armata* nell'antica forma. E così fecero
infatti, come vedremo, i legislatori d'Occidente.

Ma i vantaggi del rimedio civile sarebbero con ciò riusciti
molto illusori; tant'è vero che, molto probabilmente appunto
per tale motivo, esso perdette nei regni occidentali ogni pra-
tica importanza. È evidente infatti lo squilibrio che doveva ma-
nifestarsi tra il rimedio di Valentiniano, che toglieva a chi
commetteva violenze arbitrarie ogni speranza di far valere mai
più il suo *ius proprietatis*, e il rimedio civile, che ammetteva
ancora il violento a far valere il suo *ius possessionis* nello

(1) APPLETON, op. cit. p. 179.

stesso giudizio possessorio, cioè ammetteva l'*exceptio vitii*. Ed è inoltre evidente che, se le condizioni della società romana avevano costretti gli imperatori a punire con tanta severità le spogliazioni arbitrarie, viva doveva pure sentirsi la necessità di agevolare il procedimento per la ricuperazione del possesso in via civile, togliendo allo spogliatore la facoltà di sollevare l'eccezione del vizioso possesso dell'avversario.

D'altra parte non era nell'indole della legislazione romana l'eliminare, senza più, un'antica forma di un istituto; nè sarebbe stato opportuno, poichè anche la violenza armata era bene fosse compresa nel rimedio civile, essendo possibile che alcuno volesse agire senza *inscriptio* anche nei casi di violenza più grave. Fu per queste considerazioni, a nostro avviso, che Giustiniano, pur togliendo di mezzo il *De vi armata* come istituto autonomo, ne fuse però gli elementi con quelli del *De vi non armata*, e ne formò un nuovo rimedio civile, più consentaneo alle esigenze nuove della vita giuridica, poichè non ammetteva l'*exceptio vitii*, e si dava anche oltre l'anno per quello che pervenne allo spogliatore.

La materia dello spoglio violento è per tal modo raccolta da Giustiniano al tit. *Unde Vi* del Codice. Esso può dar origine a due rimedi ricuperatori:

a) Uno penale per i casi di violenza punibile, che abbraccia mobili ed immobili, ed è perpetuo;

b) L'altro civile, che, oltre a quelli di violenza punibile, abbraccia pure i casi di violenza non punibile, non comprende se non gl'immobili, e non si dà oltre l'anno, se non per quanto pervenne allo spogliatore.

Entrambi non competono contro i terzi possessori nè di buona nè di mala fede.

Assai meno facilmente che per gli immobili, può lo spoglio quanto ai mobili non assumere le forme di clandestinità, furto, rapina o violenza grave. Al primo caso un'estensione dell'*Unde Vi*, come dimostrammo, non sarebbe stato sufficiente; quanto agli altri provvedevano abbastanza le azioni citate da Ulpiano e la legge VII; nè poteva per essi aver uguale importanza come per gli immobili la distinzione fra ricuperazione in via penale o in via civile.

Concludiamo quindi col Maynz (1) che la legge VII, al modo stesso che non ebbe per iscopo di estendere l'*Unde Vi* alle cose mobili, non lo volle del pari abolire; poichè questi due effetti sarebbero ugualmente inconciliabili con il contesto della legislazione giustiniana (2).

CAPO III

L'*actio momentariæ possessionis*.

§ 1.

Dopo la trattazione profonda e minuziosa, che di questo argomento ci ha data il Bruns (3), potrebbe parere inutile che vi si ritorni sopra da chi non voglia fare qualche importante riserva alle sue conclusioni. Ma il nostro studio ci obbliga a riassumere, se non altro, le varie fasi della questione ed il suo stato odierno; perchè il concetto medioevale di spoglio e l'azione, che ne sorgeva, si vorrebbero da molti autori riannodare a questo preteso istituto del diritto imperiale romano. Il punto essenziale di contatto fra le due azioni consisterebbe in ciò, che entrambe si davano a differenza dell'interdetto *U. V.* pei mobili e per gli immobili, e non solo in seguito a violenza, ma in seguito a qualunque *iniusta causa amissionis*.

Cuiacio infatti, che dell'*actio mom. poss.* fu tra i primi sostenitori, dopo aver detto che l'*Unde Vi* « nec omnino idem » est, quod beneficium redintegrandæ possessionis, quo hodie

(1) MAYNZ, *D. Rom.*, § 90, not. 19.

(2) Jhering fonderebbe (p. 105 e seg., trad. Forlani; vedi BRUNS, *Besitzklagen*, p. 178) la pretesa estensione ai mobili nell'*Actio momentariæ possessionis*. Non potendosi, come dimostreremo, ammettere questa nuova azione, ne viene di necessità esclusa anche la estensione da lui sostenuta.

(3) BRUNS, *Die Besitzklagen*, § 11.

» utimur (1) »; vi contrappone il « generale interdictum resti-
 » tutorium momentariæ possessionis; quod hodie redintegrandæ
 » beneficium appellamus », il cui uso crede sia tratto dalle leggi
 del titolo *Unde Vi* (2). Dionisio Gothofredo nel commento alla
 legge 8 di questo titolo (3) dice che l'interdetto *momentariæ*
poss. « hodie vocatur redintegrandæ possessionis: cuius usus
 » ductus videtur ex hac lege ». E Jacopo Gothofredo ripete la
 stessa cosa nel commento al Cod. Teodosiano (4).

Tra i moderni il Sintenis (5), e lo stesso Jhering (6), posero
 a riscontro l'azione romana e la canonica. Questi, pur non ac-
 cettando l'opinione, che sull'*actio momenti* si sia plasmata
 l'*actio spolii*, le unisce però in una sola difesa contro le note
 antipatie del Savigny, fondandosi « sul pensiero superiore, che
 sa imporsi per ben due volte, in epoche distanti l'una dal-
 l'altra, e, come sembra, la seconda volta affatto indipendente-
 mente dalla prima ».

Da questi autori si confonde però la questione dommatica con
 la questione storica. A ragione osservò il Bruns che esse si deb-
 bono invece tenere ben distinte; poichè si potrebbe benissimo
 ammettere che l'idea fondamentale del possesso e lo scopo legis-
 lativo della sua difesa richiedano tale estensione, senza ammet-
 tere con ciò che la medesima si sia verificata nel diritto im-
 periale (7).

È bene quindi attenersi esclusivamente al lato storico della
 controversia.

Sul significato e sulla portata dell'*actio* o *interdictum mo-
 mentariæ poss.* non sono d'accordo neppure i suoi sostenitori;
 i quali, se non andiamo errati, si potrebbero distribuire in
 quattro categorie:

(1) CULACIUS, *Com. ad Cod.*, tit. iv, lib. viii, (Op. tom. ix).

(2) CULACIUS, *Observationes*, lib. xix, cap. 16.

(3) DIONY. GOTHOF. *Comm. ad Cod.*, viii, tit. iv, l. 8, n. 9.

(4) JAC. GOTHOF. *Paratitlon in Cod. Theod.*, tom. i, p. 438.

(5) SENTENIS, *Diritto civile comune*, II, § 124, ann. 48.

(6) JHERING, *Op. cit.*, p. 97 (trad. Forlani).

(7) BRUNS, *Die Besitzklagen*, p. 85.

a) Alcuni credono che esso sia un nuovo interdetto non solo *recuperandæ* ma *retinendæ possessionis*. Tra gli altri Hotman, che giunse fino a tacciar d'ignoranza i canonisti che attribuirono la difesa del possesso contro le turbative all' *Uti possidetis* e non all' *Act. mom. poss.* (1), e Jacopo Gothofredo, che lo chiama esplicitamente *interdictum retinendæ vel recup. poss.* (2), e meglio d'ogni altro ne sviluppò il contenuto e le caratteristiche (3). A questi autori si possono contrapporre quegli altri i quali, pur non ammettendo che la nuova espressione significhi qualcosa di sostanzialmente nuovo, credono però che essa abbracci tutti gl'interdetti in genere, non esclusi gli *adipiscendæ poss.* Tra gli altri Azone, che così spiega tale denominazione: « quia licet aliquis obtineat in possessione, su- » binde tamen et quasi continuo elapso momento, succumbere » poterit in iudicium proprietatis (4) »; e Accurzio, il quale fa appunto questione se l'interdetto *Unde vi* possa esservi compreso, dichiarandosi per l'affermativa (5).

b) Altri autori ne fanno un interdetto *recuperandæ poss.* distinto e più ampio dell' *Unde Vi*. Tra costoro Cuiacio, che pone di fronte all' *Unde Vi* il suo *generale interdictum restitutorium*: γενικὸν παράγγειλμα dei Basilici (6).

c) Altri ancora ne fanno una nuova denominazione dell'antico *Unde Vi*, resa necessaria dopo i sostanziali mutamenti da esso subiti.

A questa categoria si deve ascrivere l'Jhering, il quale però non si esprime esplicitamente su questo punto, e non dà grande importanza alla nuova denominazione (7).

d) Altri infine ne fanno un interdetto diverso dell' *Unde Vi*, ma molto più ristretto.

(1) HOTOMANUS, *Observ.*, lib. VII, cap. 6, p. 216.

(2) JAC. GOTHOF. *Com. in Cod. Theod.*, IX, 19, 2, not. f. e *Parat.* IV, 22.

(3) JAC. GOTHOF. *Parat.*, tom. I, p. 438; distribuisce in dodici numeri i vantaggi di quest'azione.

(4) AZONIS, *Summa in Jus civile*, Lugduni 1564, p. 215.

(5) GLOSSA, *Cod.* VIII, IV, l. 8, gl. « momentariæ ».

(6) CUIACIUS, *Op. tom.* IX, p. 1139.

(7) JHERING, *Op. cit.*, p. 97.

Molitor, per esempio, scrive che tale interdetto aveva per oggetto la sola restituzione della cosa senza i danni e gli interessi, senza il giuramento Zenoniano, senza la responsabilità dei casi fortuiti che traeva seco l'*Unde Vi*; e spettava al padrone il cui fondo era stato occupato per errore o per incuria (1).

Sulle opinioni contenute ai numeri primo ed ultimo non ci fermeremo in modo speciale, perchè esse furono svolte assai incompiutamente dai loro sostenitori, e perchè quanto si dirà a proposito delle altre due basta pienamente anche per queste.

§ 2.

Cuiacio trova una ragione del nome *Momentariae possessionis* in ciò che « protinus interponatur sine ulla cunctatione, quoniam, ut idem Theophilus scribit, sæpe controversia procedit » ad cedes, vel ad vulnera, vel ad plagas ecc.... (2) ». La natura del suo interdetto è determinata dalla legge 8 Cod. *Unde Vi*; « quia » generale est (l'interdetto), ideo hæc lex octava id non semper » pertinere ait ad possessionem usurpatam vi armata, aut vi » non armata, sed etiam ad possessionem usurpatam alio modo... ».

Questi altri modi sarebbero secondo lui tre (3):

1° *Errore vel incuria domini*. Argomenta della l. 5 Codice *Unde Vi*; in cui si tratta dell'errore del solo *dominus*.

2° *Sub specie et terrore rescripti, aut iudicati...* Argomenta della l. 6 Cod. *Unde Vi* e della 2ª Cod. *Si per vim vel alio modo*.

3° *Absente domino*. Argomenta dalla l. ult. Cod. *Unde Vi*.

Il Savigny (4) osserva anzitutto che i sostenitori della nuova azione non invocano una legge, che l'abbia espressamente introdotta, ma vogliono che essa sia supposta come esistente in più costituzioni. Se non che Giustiniano nelle Istituzioni insegna non solo il diritto antico, ma accenna alle modificazioni

(1) MOLITOR, *De la Possession*, n. 79.

(2) CUIACIUS, loc. cit.

(3) CUIACIUS, *Obs.*, lib. XIX, cap. 16.

(4) SAVIGNY, *Possesso*, § 43.

introdotte in gran parte da lui al medesimo; quanto egli in esse dice riguardo all'interdetto *Unde Vi* non ha quindi solo un'importanza storica, ma pratica, come regola di diritto ancor perfettamente applicabile.

Nella legge 5, in causa della parola *domini*, crede si tratti della rivendicazione. Fu posta fuori luogo dai compilatori.

La l. 8 non direbbe altro se non che in certi casi si può ricorrere all'interdetto, senza essere autorizzati ad una *accusatio ex lege Julia*.

Ma l'esempio che ne adduce è erroneo.

Nella legge 11, ove egli intende *vacua possessio* come se si trattasse di una cosa non posseduta da nessuno, vede bensì una innovazione, ma per un caso affatto speciale.

La legge 12 Cod. *de poss.* non avrebbe altro scopo se non la continuazione del possesso, e non tratterebbe punto di una nuova azione.

Quanto alla rubrica « si per vim vel alio modo ecc. » del tit. v, non essendo detto in essa che avvenga in tali casi, crede doversi ciò dedurre dalle leggi che vi si contengono. Ora la prima tratta di un possesso turbato per violenza, e non fa quindi al caso. La seconda dispone che la turbativa in essa contemplata dia luogo ad una nullità di procedura, non all'interdetto; fu quindi posta anch'essa fuori luogo dai compilatori.

Questa sua confutazione di Cuiacio, in parte giusta e in parte inesatta, ha dato luogo alla seguente replica dell'Jhering (1). L'*actio mom. poss.* differirebbe dall'*Unde Vi* in due punti essenziali: 1° si può esercitare per *quamcumque personam* (2); 2° si dà non solo in seguito alla *vis*, ma a qualunque *iniusta causa amissionis*.

La rubrica del tit. v ed il fram. unic. Cod. *Ubi de poss.* (3), così concepito: « ubi vis facta dicitur, aut momentaria possessio » postulanda est... », accennano evidentemente ad una turbativa del possesso diversa dalla *vis*.

(1) JHERING, Op. cit., cap. VIII, p. 83 (trad. Forlani).

(2) Cod. *Just.*, III, tit. 6, l. 3.

(3) Cod. *Just.*, III, tit. 16.

Tale differenza è notata in linea criminale nelle leggi 5 e 8
Unde Vi.

La rubrica del Tit. V accenna evidentemente alla dilatata sfera di applicazione dell'interdetto, in cui entra la legge 2, poichè la collocazione di questa attrasse l'attenzione dei compilatori giustinianeî, i quali non la lasciarono al tit. *Unde Vi*, in cui si trovava nel Cod. Teod., ma la posero nel nuovo titolo da essi creato e intercalato fra il tit. *Unde Vi* e *Uti possidetis* (1).

Trova puerile l'argomentare di Savigny dalla parola *domini* della l. 5, falsa la sua spiegazione e l'esempio che esso dà della l. 8.

Quindi egli propone quattro casi in cui dovrà applicarsi il nuovo interdetto:

1° Errore. Del padrone non solo, ma dell'occupante. Giustiniano dice infatti « *Ridiculum est dicere vel audire, quod* » per ignorantiam ecc.... (2).

2° Infedeltà del rappresentante. In un caso speciale Graziano e Valentiniano avevan provveduto al pupillo, spossessato per collisione dei tutori, con un rimedio possessorio, poichè il loro provvedim. è al tit. *Unde Vi* (3). Diocleziano provvide contro la vendita della cosa fatta dall'affittavolo (4). Giustiniano nella legge 12 Cod. *De possess.* estese tale provvedimento ad ogni rapporto di rappresentanza nel possesso.

3° Disposizione giudiziaria illegale. Si fonda su due passi:

a) Leg. 2. Cod. *Si per vim vel alio modo* (5). La contravvenzione del divieto in essa contenuto cade sotto il punto di vista della rubrica del titolo, e dà quindi luogo alla restituzione della cosa in base al possesso, non ad una semplice nullità di procedura.

b) Leg. 3. Cod. *Qui legit.* (6). L'immissione giudiziaria nel possesso, ottenuta per sorpresa (*sub colore adip. poss. obreptitia petitio*) può essere invalidata con l'*act. nom. poss.*

(1) JHERING, Op. cit., p. 84.

(2) Cod. Just., VIII, tit. 4, l. 11.

(3) Id. VII, tit. 4, l. 6, § 1.

(4) Id. VII, tit. 32, l. 6.

(5) Id. VIII, tit. 5.

(6) Id. III, tit. 6.

La l. 2. Cod. Theod. *Unde Vi* (1) tratta dell'abuso di un rescritto o della falsa allegazione di una sentenza passata in cosa giudicata per intimorire il possessore, cioè si tratta di una sur-rezione di possesso in forma di diritto.

4° Apprensione del possesso di assenti. Nella l. ult. Cod. *Unde Vi* egli intende *vacua possessio* in senso opposto al Savigny, cioè nel senso di un possesso ancora esistente, ma non esercitato dallo stesso possessore o da un rappresentante; nel quale caso il diritto antico non dava nessuna difesa possessoria, se non si tentava di ritornar nel fondo, onde vi fosse la *vis* (2).

L'*actio mom. poss.* abbracciarebbe poi tanto i mobili quanto gl'immobili (3).

§ 3.

Il Bruns si propone di esaminare piuttosto dal punto di vista storico che non dal sistematico le varie costituzioni, su cui si vuole fondare la nuova azione (4). Premette che in Ulpiano e Paolo rimangono inalterati l'antico concetto della *vis* e l'antico interdetto; e che Diocleziano, abolendo il vecchio processo degli interdetti, introdusse una innovazione puramente formale con l'*actio utilis ex causa interdicti*; poichè è ripetuto nelle sue leggi « vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo... etc. (5) ».

Solo Costantino comincia a parlare di un *actio recup. poss.* indipendente. Non può quindi convenire con lo Ihering che l'indebolimento formale dell'antico concetto degli interdetti abbia facilitato l'allargarsi della sfera della loro applicazione.

Di Costantino si hanno tre leggi, nelle quali appaiono per la prima volta le espressioni *momentum* e *momentaria possessio*. La prima non ha importanza pel nostro argomento. La seconda è

(1) Cod. Theod., IV, tit. 22; Cod. Just., VIII, tit. 4, l. 6.

(2) JHERING, Op. cit., p. 92.

(3) Id. p. 105.

(4) BRUNS, Die Besitzklagen. p. 86.

(5) Id., p. 86, 87.

quella in favore degli assenti, dalle cui parole argomentando il Bruns afferma che nulla contiene, che già non si trovasse negli antichi interdetti, o nell'*actio utilis* che vi si sostituisce (1). La terza è quella su cui si fonderebbe l'*act. mom. poss.* per causa di errore. Essa si trova nella sua forma genuina al titolo *Finium regund.* del Cod. Teod. (2) e nelle raccolte degli agrimensori. Nel Cod. Giust. fu posta metà al tit. *Fin. regund* (3); e metà al tit. *Unde Vi.* Solo nella sua forma integra è dato apprezzarne il significato, che è il seguente: Se sorge questione di confini, prima si decida del possesso; poichè solo dopo di ciò potrà l'agrimensore definire la questione della proprietà con l'arte sua, essendo la questione possessoria fuori della sua competenza. Se esso troverà che i *loca* appartengono al possessore, licenzierà l'attore; nel caso inverso il possessore sarà tenuto a cederli con la pena legale se usò violenza, senza pena se ciò avvenne «per errorem aut incuriam domini».

Trattandosi qui del solo errore del proprietario, non vi si può fondare un nuovo rimedio possessorio per errore o incuria (4).

La legge di Graziano e Valentiniano (5) dell'anno 381, non contempla nei due primi casi una nuova azione possessoria per surrettizia apprensione del possesso in forma di diritto; poichè in essa non si suppone che il rescritto o l'interlocuto siano stati carpiti, ma che il primo non sia stato intimato e che il secondo sia stato soppresso, e che in base a ciò alcuno *sub specie iudicati* si sia fatta giustizia da se; nei quali casi la pena minacciata è la perdita del diritto di agire. Nel terzo caso, da essa contemplato, non si può con Ihering vedere un primo esempio di azione possessoria per infedeltà del rappresentante;

(1) BRUNS, *Die Besitzklagen*, p. 92-93

(2) *Cod. Theod.*, II, tit. 26, l. 1.

(3) *Cod. Iust.*, III, tit. 39, l. 3.

(4) BRUNS, *Op. cit.*, p. 94-95.

(5) *Cod. Theod.* IV, 22, l. 2; *Cod. Iust.* VIII, 4, l. 6. Gothofredo (*Comm. Cod. Theod.*, p. 444) riprova che si sia trasformata *miro flagitio* la legge, quale si trovava nel *Cod. Theod.*, si da mutarne il senso. Tale confusione può forse aver causata la non esatta interpretazione dello Ihering. Bruns si attiene alla forma genuina.

poichè ivi non si tratta di un'azione data al pupillo contro i suoi tutori o curatori che abbiano di accordo abbandonato il possesso di lui all'avversario, ma di violenza esercitata da essi per suo conto e in suo favore; nel qual caso al pupillo spetta solo l'obbligo di restituire, ai tutori e curatori spetta la pena (1). Nel rescritto di Valentiniano I del 376, così concepito: « Ubi » aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, » ibi loci iudicem adversum eum, qui possessionem turbavit, » convenit iudicare (2) », non vi è un'antitesi fra i due concetti « *vis facta* » e « *mom. poss. postul.* » ma l'uno è fondamento, l'altro contenenza dell'azione; e il loro punto di congiunzione è « *qui possessionem turbavit* », che dinota sempre lesione violenta del possesso (3).

La legge di Valentiniano II del 386 non si riferisce che agli appelli (4).

La legge di Arcadio e Onorio del 395 (5), a cui Ihering annette tanta importanza, non sarebbe che una legge di competenza; e i casi in cui l'*act. mom. poss.* non dà luogo ad una accusa *ex lege Julia* sarebbero quelli in cui l'int. *U. V.* si muove contro taluno solo « *quia pervenit aliquid ad eum* », cioè quando la deiezione fu fatta per un altro senza sua scienza e volontà (6).

Alle tre leggi di Arcadio, Onorio, Teodosio del 396, 397, 414 (7) in favore degli assenti, Ihering annette importanza:

- a) perchè l'azione possessoria è divenuta popolare;
- b) è stata estesa alle disposizioni giudiziarie.

Ma la prima e la terza legge non autorizzano qualunque persona, ma solo chi detenga a qualunque titolo il possesso per l'assente.

(1) BRUNS, Op. cit. p. 96, 97, 98.

(2) *Cod. Iust.* III, 16, l. unic.

(3) BRUNS, Op. cit. p. 98-99.

(4) *Cod. Theod.* II, 37, l. 1. 1; *Cod. Iust.* VII, 69, l. 1.

(5) *Cod. Theod.* II, 1, l. 8; *Cod. Iust.* VIII, 4, l. 8.

(6) BRUNS, Op. cit. p. 99-102.

(7) *Cod. Theod.* IV, 22, l. 4, 5, 6; il *Cod. Iust.* ha solo le due ultime, VIII, 5, l. 2; III, 6, l. 3.

La terza legge inoltre, che è un rescritto per un caso speciale, stabilisce che in tal caso spetti al convenuto l'*exceptio obreptionis*, se l'attore nel proporre l'*act. mom. poss.* per l'assente abbia in realtà carpito un rescritto « sub colore adip. possessionis ». Il soggetto dell'*actio mom. poss.* e dell'*obrept.* è adunque sempre lo stesso. Qui si tratta ancora dell'*Unde Vi*.

La seconda legge poi non fa che applicare il precetto generale, secondo cui contro gli assenti, non contumaci, non sono ammissibili sentenze ed esecuzioni. Il rescritto, non introducendo nessuna novità, non implica quindi una nuova azione possessoria, ma si riferisce a quanto già da 200 anni avveniva, cioè alla nullità del decreto e degli altri rimedi processuali (1).

La legge di Arcadio del 406 (2) non ha di mira se non la violenza.

Nella legge 12 Cod. *De poss.* (3) Giustiniano dispone che, tanto se il rappresentante abbia abbandonato (*dereliquerit*), quanto se abbia ad altri trasmesso (*alii prodiderit*) il possesso della cosa, *domino nihil praeiudicii generetur*. Ora tale espressione non può significare nel primo caso continuazione del possesso, e nel secondo perdita del medesimo con azione possessoria per recuperarlo. I Basilici fondono i due casi in un solo: ἀποστῆναι. Non sta quindi la pretesa azione per infedeltà del rappresentante (4).

Quanto alla legge 11 Cod. *U. V.*, ove ora intende con Ihering *vacua possessio* nel senso di possesso abbandonato ma non perduto prima dell'occupazione, egli distingue con Papiniano il possessore immediato, che ritiene il suo possesso *solo animo*, ed il mediato, che lo ritiene per mezzo di un rappresentante; solo a questo ultimo crede si convenisse il rimedio di Giustiniano, come a colui al quale, perdendo egli il suo possesso prima ancora che a lui venisse notizia della occupazione, non era stato provveduto dall'antico diritto (5).

(1) BRUNS, Op. cit. p. 103-107.

(2) Cod. Theod. 2, 4, 5 e 6.

(3) Cod. Iust. VII, 32, 1. 12.

(4) BRUNS, Op. cit. p. 108-120.

(5) BRUNS, Op. cit. p. 120-132.

Questa sua spiegazione non è però accettata da molti, che nel resto con lui concordano, così dal Windscheid, dal Ruggieri ecc. (1).

Non entriamo in tale questione, perchè a nostro avviso, secondo quanto più sopra abbiamo tentato di dimostrare, qui non si tratta dell'*Unde Vi* o dell'*act. mom. poss.* ma della legge di Valentiniano II (2).

Bruns crede infine che la rubrica del Tit. V miri unicamente al caso speciale degli assenti.

Ed ecco, dopo tutto, le sue conclusioni: a) In nessuna di tali leggi, eccettuato il possesso degli assenti, è parola di un espresso mutamento delle antiche presupposizioni materiali della tutela possessoria, o della introduzione di una nuova azione materiale a lato dell'*U. V.* b) Neppure indirettamente, tenendo conto dello sviluppo storico delle leggi, si trova un punto di appoggio per la contraria opinione. c) Tale novità non si potè compiere tacitamente, perchè sarebbe ciò contrario alla nota iattanza di Giustiniano, tanto più che egli si occupò in modo speciale ed in via legislativa dell'argomento.

Si aggiungano a tali considerazioni quelle che nel precedente paragrafo si sono fatte intorno al modo con cui furono introdotti gli interdetti, i quali più che ad un concetto teorico si informavano alle esigenze pratiche, cosicchè non ogni volta che si era perduto il possesso si aveva un mezzo diretto e speciale per recuperarlo; si aggiunga che anche per questo caso sopprimeva egregiamente la *condictio possessionis*; e si vedrà che, se storicamente è insostenibile la nuova pretesa azione *mom. possessionis*, non è meno vano dal lato sistematico il lamentare con Ihering e Randa (3) un vuoto illogico; tanto più che non poche odierne legislazioni si sono come la romana limitate ai due casi tipici della violenza e della clandestinità (4).

(1) WINDSCHEID, § 160, not. 1; RUGGIERI, Op. cit. § 722.

(2) Vedi pag. 44.

(3) RANDA, *Der Besitz*, p. 134, not. 20.

(4) *Cod. civ. ital.*, art. 695.

Si può quindi affermare che il diritto romano non precorse l'azione medioevale dei canonisti nel dare l'interdetto per qualunque *iniusta causa amissionis*; ma si mantenne fermo ai due casi classici della violenza e della clandestinità. Solo quindi lo spoglio, qualificato dal modo con cui si operò, può dar origine all'azione; la quale per conseguenza non si fonda ancora, come presso i canonisti, su ragioni di natura civile, ma puramente sul carattere delittuoso dell'atto di chi ritoglie il possesso. Non si può però negare che il concetto della violenza, che si incontra nelle fonti più recenti, è assai più mite e quindi assai più comprensivo che non l'antico rigido concetto della *vis atrox*; nè si può parimenti negare che ad alcuni pochi casi speciali, i quali uscivano dalla cerchia di quelli contemplati dalla legge, si cominciò in virtù della loro urgenza a provvedere con particolari espedienti e rimedi simili ai possessori. Anche in questo punto adunque, come in vari altri, la dottrina possessoria romana accennava a porsi per una nuova via. Ma gli eventi le impedirono di poterla percorrere a pieno, e riservarono alla dottrina medioevale il compito di colmare questa lacuna (1).

§ 4.

Ci resta a chiarire un punto: cioè quale sia il significato e la ragione delle nuove espressioni, *Momentum*, *Momentaria possessio*:

a) Quanto al significato, Fitting aveva già dimostrato, sul fondamento di un gran numero di brani, come specialmente nel linguaggio giuridico dell'Occidente la parola *momentum* indi-

(1) Vedi in questo senso:

HEINECIUS, *Consil.* Tom. 1, III; WESTPHAL, *Arten der Sachen*. § 320; WINDSCHEID, § 160, not. 5; MEISCHKEIDER, p. 462; APPLETON, *Op. cit.* § 180; SCIALOJA, Cap. 377; DERNBURG, *Pandekt.*, p. 429; RANDA, *Op. cit.* p. 133; PABELLETTI, *Arch. giurid.*, xv.

In senso contrario:

BARON, *Pand.* § 122; ARNDTS, *Pand.* § 173; BRINZ, *Pand.* 1^a ediz., p. 86; 5^a ediz. cambiò opinione p. 749.

casae il possesso, lo stato di possesso. Nello stesso senso si trova sovente la espressione: *momentanea* o *momentaria possessio*. *Momentum* però e *momenti beneficium* servono anche ad indicare gli interdetti possessori, o gli interdetti in genere (1).

Bruns, con un diligentissimo esame di tutte le leggi e di tutti i brani di autori in cui si incontrano tali espressioni (nelle leggi di Costantino, in quelle di Valentiniano, nelle epistole di Simmaco, nelle leggi di Arcadio, Onorio, nelle rubriche del Cod. Teod., nel breviario Alariciano, in Cassiodoro, nelle lettere di Gregorio I, in Isidoro), ha posto in sodo che la parola *momentum* nel IV e V secolo significa il possesso, nel VI, presso i barbari, l'azione possessoria, poi di nuovo il possesso, poi il possesso e l'azione indistintamente. Giustiniano ha evitato a bello studio tale confusione usando costantemente la frase *momentanea* o *momentaria possessio*, che sostituisce perfino nei passi del Cod. Teod., da lui riprodotti, alla parola *momentum*. In tutti i passi poi, in cui tale frase si incontra, essa serve ad indicare l'oggetto, non il fondamento del diritto alle azioni, e in tale senso passa nei Basilici. Con ciò cade la opinione di Ihering che l'allargamento della sfera d'applicazione dell'azione possessoria coincida col sorgere del nuovo nome (2).

b) Quanto poi alla ragione di tale nuova denominazione, si potrebbe con Ihering stesso osservare, che in un tempo in cui la lingua è corrotta l'apparire di nuove espressioni non è sicuro indizio della formazione di nuovi concetti.

Ma un motivo a tale novità in questo caso esisteva. Brinz osservò che, venuto meno il processo proprio degli interdetti, anche il nome di interdetto venne tolto di mezzo, e vi si sostituì l'*actio momenti*, in cui si comprendeva la nozione generale di ogni rimedio per la reintegrazione nel possesso (*momenti reformatio*), in base al precedente possesso ed alla stessa guisa degli interdetti. In seguito servì a designare le disposizioni

(1) FITTING, *Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätern Kaiserzeit* (Zeitschr. f. R. Gesch. XI, p. 433).

(2) BRUNS, Op. cit. p. 89-91.

contro la privata violenza. Solo con la ristaurazione Giustiniana furono ripristinati in suo luogo gli interdetti (1). Tale modo di vedere ha un fondamento storico innegabile; poichè la nuova espressione ha origine con Costantino, successore di Diocleziano, il quale appunto aveva abolito l'antico processo interdittale; e viene adoperato con molta parsimonia da Giustiniano; il quale poi non adopera la parola *momentum*. Egli inoltre nelle Istituzioni, in cui non era più vincolato dalla dizione delle leggi precedenti, non usò mai la espressione *momentaria possessio*.

Da queste considerazioni scaturiscono due conseguenze:

La nuova terminologia, se non aveva un fondamento nel diritto materiale, era però sufficientemente giustificata dalla novità processuale o formale dell'abolizione dell'antico processo proprio degli interdetti.

Dato anche che essa mirasse a significare la dilatata sfera di applicazione dell'azione possessoria, tale estensione avrebbe dovuto venir meno con Giustiniano.

CAPO IV

Il concetto del possesso e il suo svolgimento nel diritto romano.

§ 1.

« Azione fisica dell'uomo su di una cosa »; ecco il concetto primitivo e fondamentale del possesso, quale è rispecchiato dalla denominazione che gli si dà in tutte le lingue, e dal modo con cui è definito specialmente nei più antichi diritti. E a tale concetto si restringe appunto la celebre definizione di Labeone:

(1) BRINZ, *Pand.* § 183, p. 749.

« Possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus (pedibus?) » quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, » quam Græci κατοχήν dicunt (1) ».

Il possesso allora fu veramente, secondo la bella frase del Savigny: la posizione di fatto che corrisponde alla proprietà come posizione di diritto. Ma tale concezione ristretta si mantenne sempre inalterata passando attraverso a tutti i periodi della cultura giuridica romana, ed è partendo da essa che i giuriconsulti degli ultimi tempi poterono servirsi di espressioni come le seguenti: *possessio hereditatis*, *possessio ingenuitatis*, *possessio libertatis*? No, certamente. L'idea del possesso, riprodotta nella definizione di Labeone, è troppo più ristretta e materiale di quella, a cui si ispirano le espressioni riferite di sopra, perchè non si debba pensare ad una radicale evoluzione del concetto del possesso.

Ora, è questa evoluzione dovuta unicamente ad un lavoro scientifico intorno al concetto stesso fondamentale del possesso, o non anche ad una serie di innovazioni e di trasformazioni avvenute in altri punti di diritto, affini, ma non compresi in tale concetto fondamentale? Si può affermare, tanto per il diritto romano come per ogni altro in genere, che, se in pochi casi e in periodi di larga coltura giuridica le modificazioni dell'idea primitiva e fondamentale del possesso avvengono in virtù di un lavoro che dalla medesima ha il suo punto di partenza, nella maggior parte dei casi per contro esse non sono altro che la conseguenza di un bisogno universalmente sentito di difendere certi stati di fatto al modo stesso che si è difeso il possesso propriamente detto, e spesso anche il portato indiretto e necessario di estensioni già effettuate della difesa possessoria oltre i limiti del possesso per eccellenza. Questa ultima ipotesi si avvera specialmente nei primordi e quando tali stati di fatto richiedono per sussistere la detenzione della cosa, oppure quando la loro lesione assume una forma simile a quella, che dà, trattandosi di possesso nel senso primitivo della parola, origine alle difese. È in altri termini la possibilità che contro tali stati di

(1) PAULUS. Dig. xli, 2, f. 1. *De acquir. v. am. poss.*

fatto si eserciti la stessa violenza o la stessa arbitraria lesione, che si può esercitare contro il possesso propriamente detto, quella che determina l'applicazione alla difesa di tali stati di fatto delle stesse misure repressive, che tutelano il possesso, e genera conseguentemente l'estensione della nozione stessa del possesso oltre la ristretta cerchia primitiva. Si comprende dopo ciò facilmente come ogni qualvolta si allarga il concetto della violenza, che può dar luogo alle difese possessorie, cresca pure il numero dei casi in cui per analogia si possono e si debbono tali difese applicare fuori della loro cerchia ordinaria, e in ultima analisi quindi si allarghi sempre più l'istituto del possesso, e allargandosi si trasformi, per opera specialmente della riflessione scientifica, che cerca di far entrare nella nozione del possesso i nuovi casi, a cui la protezione sua speciale fu estesa.

Così avviene che da un modo di considerarlo puramente materiale e ristretto si assorga ad una concezione senza più spirituale e larga.

Dato un concetto del possesso così semplice e circoscritto, come è quello del diritto romano antico, ogni innovazione o trasformazione del medesimo doveva necessariamente battere una di queste due vie: o estendere con un processo di generalizzazione il possesso giuridico, cioè protetto dalla legge (la quale non concedeva la sua protezione se all'elemento materiale, *corpus*, non si aggiungeva un elemento spirituale, *animus*, determinato), ad un numero sempre maggiore di casi, in cui vi fosse unicamente la nuda detenzione, così da finire per confonderlo con questa; o innalzare con un processo di spiritualizzazione l'idea del possesso a significare non più l'azione fisica sopra una cosa, ma l'esercizio di un diritto. L'una e l'altra via fu battuta, ma non fino al fondo, dal diritto romano. Per le modificazioni dell'una e dell'altra specie vale sempre il criterio che abbiamo posto più sopra.

I Romani portarono la prima deroga al concetto primitivo con l'attribuire il possesso al creditore pignoratizio, al sequestratario, al precarista, all'enfiteuta, al superficiario. Sono i cinque famosi casi, in cui Savigny vedeva un possesso derivato.

Io noterò solamente a questo proposito come per il creditore ed il precarista gli antichi giureconsulti stessi già avessero notato la eccezionalità del loro possesso, ed avessero avvertito l'analogia fra precario e comodato; per modo che Sabino fu costretto ad attribuire il possesso tanto a chi dà come a chi riceve a precario, e per contro Labeone disse che il precarista possedeva solo *naturaliter* come l'inquilino ed il comodatario (1); il che prova come essi avessero sentito che si era fatto un passo verso la difesa della nuda detenzione. Io mi guarderò dall'entrare nel ginepraio della disputa se, e fino a che punto, tali casi derogano alla teorica dell'*animus*; e ciò, perchè io credo col Dernburg (2) che pei Romani il fatto, che alcuno avesse il possesso, non era un portato di concetti astratti, ma un fatto storico fisso, che si basava su determinati bisogni economici e sociali. Intanto per il creditore pignoratizio e per il precarista è certo che essi furono riconosciuti come possessori solo dopo che il pretore concedette loro gli interdetti, e che tali interdetti furono fissati nell'editto. Per gli altri tre casi è evidente che, se il riconoscimento del possesso non fu preceduto dalla concessione degli interdetti, fu però una conseguenza del bisogno che universalmente si sentiva di tale concessione. In ogni modo il concetto teorico del possesso è sempre subordinato a quello pratico della difesa, il quale, appunto per essere non sempre corretto e conseguente, costringe l'altro a piegarsi ed a derogare alle premesse. In tutti e cinque i casi si verificava la detenzione della cosa; ed essi costituiscono un passo nella prima di quelle due vie, di cui ho detto.

Il passaggio dal possesso del possessore *animo domini*, e dei cinque casi soprariferiti, alla *iuris quasi possessio* di coloro a cui spetta una servitù personale potrebbe essere frutto di due simiglianze. Infatti l'uno e l'altro possesso si manifestano col detenere la cosa, l'uno e l'altro consistono nell'esercizio di un diritto. Il nome di *iuris quasi possessio* potrebbe far pro-

(1) D., xli, 2, f. 3, § 5. — D., xliii, 26, f. 6, § 2.

(2) DERNBURG, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des Röm. Rechts*. Halle, 1883, § 14, p. 66, 68.

pendere alcuno per la seconda ipotesi; ma è necessario notare come esso venne solo in seguito, quasi come frutto di uno scrupolo dei giureconsulti posteriore al fatto. Invece lo svolgimento normale delle cose, la considerazione che il possesso per eccellenza non venne mai dai Romani definito come l'esercizio del diritto di proprietà, e il fatto che l'estensione venne in seguito alla accordata difesa interdittale, ci debbono persuadere che fu in virtù della prima simiglianza che si operò il passaggio.

Per tal modo gli effetti del possesso venivano ammessi in tema di servitù. Ma tra le servitù personali e le prediali esisteva questo profondo distacco; che queste, pur consistendo sempre in una azione fisica sulla cosa, non comprendevano più la detenzione della medesima. Poichè la ragione (messa innanzi da coloro i quali vorrebbero esclusa ad ogni costo dal possesso l'idea dell'esercizio di un diritto) che il godimento delle servitù prediali consista nel possesso di parte del fondo serviente, o faccia parte integrante del possesso del fondo dominante, non ci persuade. Non era però meno urgente per esse, come già per le personali, il provvedere in via possessoria. Ma alla estensione dei soliti interdetti si opponeva il concetto della violenza; perchè, essendo questa strettamente circoscritta alla *deiectio*, non si poteva concepire *deiectio a re incorporali*. Si provvide quindi con speciali interdetti simili ai possessori. Cosicchè anche qui venivano, se bene indirettamente, riconosciuti gli effetti del possesso. È probabile che se tale lavoro di estensione si fosse limitato alle servitù personali, anche a chi le esercita sarebbe stato attribuito un vero possesso; poichè non vi è nessuna ragione per distinguere, ad esempio, il caso dell'usufruttuario dai cinque famosi, essendovi tanto in quello come in questi la *rei possessio*. Ma quando si trattò di definire tale possesso, il fatto, che esso consisteva come gli altri nella detenzione della cosa, cedette di fronte a quello, che si trattava qui di servitù, cioè di diritti fra i quali erano comprese anche le prediali, in cui non eravi più detenzione. Ne conseguì che, non potendosi anche a queste estendere il concetto del possesso poichè vi si opponeva la tradizione giuridica, si attribuì alle servitù senza distinzione la *iuris quasi possessio*. Ma dal fatto

stesso di aver assimilate le servitù personali alle prediali, contrariamente a quanto si era fino allora operato, e di aver adottato quella denominazione nuova, in cui si fa per la prima volta accenno al *ius*, appare come in questo punto l'idea, che il possesso sia l'esercizio di un diritto, balenò e si impose ai giureconsulti romani.

E invero non *possessio*, ma *quasi possessio* essi dissero, perchè qui non era più luogo di parlare di detenzione; e non dissero *quasi possessio rei*, ma *iuris*, poichè piuttosto che l'azione fisica sulla cosa essi avevano presente il diritto sulla medesima, come appare dalla espressione, che si trova nelle fonti a questo proposito, *usus iuris*, cioè godimento, esercizio di un diritto. Qui si tratta di vera elaborazione scientifica, la quale subito accenna a volersi liberare, senza però perderla di vista, dalle pastoie della difesa, e assorgere alla costruzione di un sistema più comprensivo e spirituale, con le espressioni: *possessio hereditatis*, *ingenuitatis* e *libertatis*. Esse non si possono prendere come semplici traslati di rettorica, ma sono veri segni delle nuove idee; sono la prima deroga sostanziale al concetto primitivo del possesso, non abbandonato neppure nella *iuris quasi possessio*, in cui si tratta pur sempre di azione fisica su di una cosa. Tali espressioni provano ancora che già si era avvertita la improprietà della frase *quasi possessio*, la quale, se poteva valere come espediente provvisorio, non si confaceva più al nuovo concetto del possesso; e infatti si dice in esse *possessio* semplicemente. E già tale reazione si fa sentire anche in tema di servitù; poichè è ammessa la frase: *possessio servitutis* (1) senz'altro. L'evoluzione si arrestò a questo punto: ad altri spettava condurla a compimento.

Se la difesa del possesso ha, come abbiamo dimostrato, tanta influenza sulla dottrina del medesimo; non poteva passare senza lasciar di sè profonde traccie la legge di Valentiniano contro la ragion fattasi.

Di questo provvedimento, che, dopo aver portato il disordine nel campo dei rimedi recuperatori, si sostitui ad essi in pra-

(1) Dig., f. 1, *De lib. causa*.

tica quasi del tutto, di questo rimedio, che, per quanto da principio tutelasse il solo possessore, doveva però per necessità stessa di sua natura venir esteso, come venne di fatto, ad ogni detentore senza distinzione, non poteva non sentire il contraccolpo la teorica intorno al concetto del possesso. Ma sia per quella prudente lentezza della giurisprudenza romana nel foggjar concetti nuovi, sia anche perchè tale provvedimento non ebbe tutto lo sviluppo di cui era capace che assai tardi, non si può scorgerne, a mio credere, gli effetti nella idea e nella definizione del possesso, che dopo Giustiniano, cioè nel periodo bizantino. È perciò necessario riservare ogni considerazione in proposito al capo che tratta appunto di tale periodo.

§ 2.

Le cose, che siamo venuti fino ad ora dicendo intorno alla dottrina possessoria romana, si possono riassumere in questi pochi concetti; allorchè si tenga presente, che l'idea del possesso si va nei diversi periodi foggiando a seconda del vario atteggiarsi della difesa possessoria, e che questa alla sua volta si atteggia a seconda del modo diverso con cui viene concepita la violenza.

I. Non si può dire che i Romani non abbiano considerata la *vis* sotto tutti i suoi aspetti; ma le disposizioni che nelle leggi romane si incontrano intorno alla medesima non formano un insieme armonico di provvedimenti. La violenza viene diversamente definita in varî luoghi; ed i varî titoli che se ne occupano la considerano da un lato speciale, indipendentemente gli uni dagli altri. Cosicchè molte differenze sostanziali corrono tra queste disposizioni; e mentre, per esempio, chi ha patito quella violenza, di cui si tratta al titolo *quod vi metusve causa gestum est*, potrà agire per la restituzione della cosa toltagli anche contro il terzo possessore, chi agisce invece con l'interdetto *de vi* non potrà farlo contro i terzi.

Del resto l'aspetto della violenza contemplato dall'interdetto era assai circoscritto. Era necessaria da prima una violenza qualificata; ed in ogni tempo poi non si considerò che la vio-

lenza la quale consisteva in una *deiectio*. Si è tentato, ma inutilmente, come vedemmo, di dimostrare che la difesa del possesso fu estesa in seguito a *quæcumque iniusta causa amissionis*. Tra la *deiectio* e lo *spotium* dei canonisti non è chi non vegga quanta sia la differenza.

II. Conseguenza immediata di tale ristretta idea della violenza fu anzitutto l'esclusione dei mobili dall'interdetto *Unde Vi*, perchè nei mobili non si poteva concepire una *deiectio*; e in seguito poi la non estensione dell'interdetto alla difesa delle servitù, sempre per la medesima ragione. Ne viene che in luogo di incontrare nel diritto romano un rimedio per la ricupera- zione del perduto possesso, solo, semplice e comprensivo, si avverte subito un profondo disaccordo fra la difesa degli immobili e quella dei mobili; ed in seguito un nuovo disaccordo fra la difesa del possesso delle servitù e quella degli altri possessori. Ma anche per gli immobili il concetto troppo limitato della violenza fece sì, che si dovette ricorrere ad infinite finzioni per poter far entrare nella difesa interdittale dei casi, in cui era urgente la necessità di provvedere, e che tuttavia secondo la logica rigorosa delle premesse si sarebbero dovuti escludere.

La legge di Valentiniano eccessiva e rivoluzionaria, se così posso dire, è l'espressione di tale deficienza e disarmonia. Essa è eccessiva come ogni reazione. Intanto è certo che essa dominò quasi esclusivamente la pratica; e quindi avvenne che la difesa del possesso fosse in ultimo affidata ad un provvedimento per sua natura non possessorio, il quale metteva una nota stridente nel sistema del diritto romano.

III. Quanto al possesso non ci resta che a ricordare le conclusioni a cui siamo venuti più sopra. I Romani non abbandonarono mai l'idea, che il possesso dovesse consistere in una azione fisica sulla cosa; tant'è vero che continuarono a valersi della definizione di Labeone; ma intravvidero, e senza dubbio avrebbero potuto tradurre in pratica, quel più largo e scientifico concetto del possesso, secondo il quale esso non è altro che l'esercizio di un diritto.

Dopo ciò crediamo di non dire cosa avventata affermando, che la dottrina possessoria romana, nata e svoltasi non per

virtù di concetti astratti ma « rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente », per quanto potesse ampiamente soddisfare ai bisogni di chi la creò, non formava però, presa in sè e prescindendo dall'ambiente in cui crebbe, un sistema armonico e coerente; e non era quindi tale da poter venire trapiantata, come molti altri istituti di quel popolo meraviglioso, altrove, senza profonde modificazioni, senza un radicale lavoro di adattamento. Anzi per un popolo, che non fosse munito di un criterio giuridico sano ed indipendente, essa poteva essere una eredità pericolosa.

PARTE SECONDA

LA DIFESA DEL POSSESSO NEI DIRITTI INTERMEDII

CAPO I

Diritto Bizantino.

§ 1.

La persuasione, che le ricerche intorno al diritto romano debbano avere la loro continuazione e quasi la loro riprova nel diritto bizantino, è venuta di questi ultimi anni acquistando sempre maggior forza presso gli studiosi del diritto. Ma non ci pare per contro che sia stata presa in quella considerazione che si merita l'idea, che il diritto bizantino debba venire studiato come un monumento giuridico indipendente, come la fonte di molti istituti del diritto medioevale ed odierno, che non si potrebbero comprendere ed illustrare altrimenti che ricorrendo a quel periodo di transizione (1). Se ne può avere una prova specialmente in materia di possesso. Il Bruns terminava i suoi brevi e generici cenni sulla dottrina possessoria dei Bizantini,

(1) LANDO LANDUCCI, *Stor. del d. rom.* Padova 1886, p. 220, not. 1 e p. 230, not. 8.

affermando sdegnosamente che più in basso non poteva cadere l'arte di Papiniano e di Ulpiano (1); e questa sua affermazione è passata insieme alle sue idee generiche negli autori che sono ritornati sullo stesso argomento, come nel Ruggieri, nell'Olivares ecc. (2). L'Alibrandi invece, conservando anche in questo punto quella indipendenza di pensiero che contraddistingue il suo lavoro, sostiene che i giureconsulti dell'età classica intravidero bensì la vera e perfetta dottrina possessoria, ma solo i Bizantini la seppero tradurre in pratica (3). Per quanto io mi accosti più a lui che non agli autori precedenti, non posso tralasciare di avvertire che egli con la parola Bizantini intende di indicare solamente gli Scolasti greci, e che forse esagera alquanto partendo da un concetto, a parer mio, troppo assoluto e ristretto del possesso, e tenendo conto quasi esclusivamente della nozione più adeguata e perfetta che i Greci diedero dell'*animus*.

Ad ogni modo (pur prescindendo dal fatto che gli errori gravissimi, in cui caddero i Bizantini, non sono una ragione sufficiente a che si trascurino i loro scritti) è certo che il loro contributo ha una grande importanza, come quello che conduce alle sue ulteriori e necessarie conseguenze la dottrina possessoria romana, tutt'altro che compiuta e perfetta, e serve da una parte a porre in chiaro i difetti di quella, e dall'altra a lumeggiare il lavoro, che sulla stessa materia vennero facendo i giureconsulti occidentali in tempi più recenti. Su tale concetto dovremo ritornare al fine di questo capitolo. Per ora basti notare come gli Orientali avessero ricevuto dalla dottrina e giurisprudenza romana un complesso di istituti e di provvedimenti ineguali e disarmonici fra di loro, specialmente per rispetto alla difesa del possesso, materia omai tutta perturbata dalla disposizione sulla privata violenza. Essi tentarono di adattare queste leggi ai bisogni nuovi del loro paese, ed essenzialmente poi alle nuove necessità ed alle nuove idee dell'Età di

(1) BRUNS, *Das Becht des B. in M. und in G.*, p. 97.

(2) RUGGIERI, *Il possesso*. Vol. I, p. 10, p. 13, not. 1; OLIVARES, *La posesion*, p. 116.

(3) ALIBRANDI, *Teoria del poss. sec. il d. romano*, p. 17-49.

mezzo. Io non dirò certo che essi siano riusciti a mettere innanzi un complesso di disposizioni degno del nome di sistema scientifico; ma dal loro contributo molti utili ammaestramenti si possono trarre da chi, libero da ogni preconconcetto e da ogni scrupolo, non vi cerchi solo gli errori e le imperfezioni, ma lo consideri nel suo complesso e nel suo scopo; più, se così posso dire, in vista di quanto esso vorrebbe essere, che non di ciò che esso sia in realtà.

Il metodo, a cui ci atteniamo nel nostro studio, è il cronologico; poichè non solo sarebbe stato per noi quasi impossibile, nella grande incertezza che regna intorno ai testi bizantini, il raggrupparli secondo altri criteri, ma ci parve che per la grande durata del periodo che studiamo, e per l'indole stessa delle fonti, si convenisse meglio il metodo prescelto. La cronologia seguita è quella tracciata dallo Zachariæ von Lingenthal nell'introduzione alla sua Storia del diritto greco-romano (1), alla quale ci siamo attenuti per l'autorità dell'autore, ed anche perchè le nostre ricerche, sebbene assai ristrette, ce ne hanno provata l'esattezza.

§ 2.

Le collezioni giustinianee furono in Oriente oggetto di dotti studî e commenti per parte di quegli stessi giuristi che avevano cooperato alla loro compilazione, e di altri professori delle famose scuole di diritto di Berito e di Costantinopoli. Gran parte ne andò perduta; ma dalle opere che rimangono e dagli scolii appartenenti in origine ai libri di Giustiniano, e poi accolti nei Basilici, pel cui tramite a noi pervennero, appare come la dottrina possessoria bizantina immediatamente posteriore a Giustiniano già si scosti, almeno per la forma, in alcuni punti dalla romana; il che non è dovuto solo alla diversità del linguaggio, ma anche al fatto che in quei compendî e in quei commenti ad uso delle scuole e dei pratici vengono meglio de-

(1) ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, pagg. 4-32.

terminati alcuni concetti, che sono o latenti o appena abbezzati nei libri di Giustiniano.

Per quanto riguarda più strettamente il nostro argomento, cioè la difesa del possesso, dagli scritti giuridici orientali è dimostrato che anche colà la costituzione di Valentiniano II dominava nella pratica sovra tutti gli altri rimedi possessorii. Resta in vigore l'*Unde Vi* senza nessuna novità nei suoi elementi o nei suoi estremi, come ci attestano la Parafrasi greca delle Istituzioni, attribuita a Teofilo (1), ove è riprodotto quanto intorno all'interdetto *recuperandæ possessionis* è detto nelle Istituzioni di Giustiniano, il Commento di Stefano al Codice, ove si accenna al termine stabilito dalle leggi per la ricupera-zione del possesso (2), e, venendo ad un tempo alquanto più recente, la monografia Αἱ ῥοπαι (*Momenta*), la quale, trattando di tutte le prescrizioni da quella di un istante a quella di un secolo, pone come azione che si prescrive nell'anno l'interdetto *Unde Vi*, di cui compendia la formula data dai Digesti al titolo *De vi et De vi armata* con queste parole:

Ἡ ἀρμόζουσα παραγγελία κατὰ τοῦ βίχ ἐξελάσαντος νομέα, ἐντὸς ἐνιαυτοῦ μόνον κινεῖται. Μετὰ γάρ ἐνιαυτὸν εἰς τὸ περιελθὸν μόνον καταδικάζεται (3).

Ma da non dubbi accenni è dimostrato che nei casi di violenta spogliazione si ricorreva quasi esclusivamente alla legge contro la privata violenza, e che all'interdetto *Unde Vi* era stata tolta quasi ogni importanza pratica. Alla legge sopracitata si fa richiamo contro colui che si immette violentemente in possesso negli *Edicta præfectorum prætorio* (4), e in altri luoghi; ma il dissidio fra i due rimedi è posto in chiaro in un modo che non lascia dubbio nella Parafrasi greca delle Istituzioni. Nelle Isti-

(1) Parafrasi greca delle Istituzioni attrib. a Teofilo. Lib. iv, tit. xv. Vedi FERRINI. *Archiv. Giur.* Vol. xxxvii, p. 353 e seg.

(2) *Codicis per Stephanum antecessorem κατ'ἐπιτομὴν græce conversi Fragmenta.* ZACH. Ἀνέγδοτα. Tom. iii, p. 188.

(3) Αἱ ῥοπαι. (Περὶ χρονικῶν διαστημάτων ἀπὸ ῥοπῆς ἕως ἑκατὸν ἐτῶν). § 27. *Leunclav. Jus græc. rom.*, p. 207, vol. II: « Interdictum competens adversus eum, qui vi possessorem expulerit, anno dumtaxat concluditur. Nam post annum in id, quod ad eum pervenerit, tantummodo damnatur ».

(4) *Edicta præfectorum prætorio.* Cap. xii. ZACH. Ἀνέγδοτα, iii. p. 270).

tuzioni di Giustiniano, dopo esposte le regole dell'interdetto *Unde Vi*, si aggiungeva semplicemente: *Sed ex constitutionibus sacris*.... ecc., cioè le sacre costituzioni stabilirono che chi spoglia altrui violentemente perda la proprietà della cosa se questa è sua, o restituisca la cosa e la stima se essa è di altri. Ma nella Parafrasi greca, dopo l'esposizione delle regole dell'interdetto, sono intercalate le parole: Ἀλλὰ ταῦτα μὲν οἱ παλαιοί.... », cioè: quanto precede è proprio degli antichi e del diritto antico; il diritto nuovo si attiene alle sacre costituzioni. Questa aggiunta è degna di nota, poichè ci dimostra come all'interdetto non restasse più che una importanza dottrinale o sistematica; il che spiega la grande confusione che intorno a tale istituto si venne facendo in seguito.

Una novità di tanta importanza nel campo delle difese del possesso non poteva non trasformarne anche il concetto fondamentale. La legge di Valentiniano era in vigore da molto tempo, ma la sua influenza sulla nozione del possesso si fa sentire solo negli scritti posteriori a Giustiniano; e di ciò abbiamo data nel capitolo precedente la ragione. Essa aveva per scopo essenzialmente di impedire l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, e solo indirettamente serviva a far riacquistare il possesso perduto in seguito a violenza.

Ora, dato pure che da principio venisse punito a tale stregua solo colui che si faceva giustizia da se contro un possessore, non vi era però nessuna ragione perchè non venisse trattato al modo stesso chi usava violenza contro un nudo detentore. Invero il possesso era affatto estraneo a tale provvedimento di sua natura essenzialmente penale, i cui effetti erano petitorii e non possessorii.

Non mancò chi sostenne che già così stessero le cose nel diritto romano; ad ogni modo è certo che nel diritto bizantino ogni distinzione venne tolta, come vedremo fra poco. Ora, protetti ugualmente in pratica il possessore ed il detentore, ne veniva di necessità che anche teoricamente si dovesse in ordine alla difesa uguagliare il possesso alla detenzione, e che una sola distinzione fosse ancora ammissibile, cioè quella tra la nuda detenzione protetta contro la violenza e il possesso a cui

la legge accordava degli speciali effetti, oltre alla semplice difesa. I Bizantini non enunciarono fin da principio e risolutamente questa massima; anzi nelle loro definizioni regna un po' d'incertezza e confusione. Onde alcuni, come per esempio il Rudorff (1), affermano che giammai fu uguagliata la detenzione al possesso, e sostengono per contro che si continuò a seguire la famosa tripartizione. Ma è innegabile che pure in mezzo alle incertezze e alle contraddizioni, e spesso per vie indirette, si giunse finalmente a quel punto.

Tale tendenza si fa subito sentire nella definizione che gli scrittori greci diedero dell'*animus* richiesto nel possesso per eccellenza. Essi lo definiscono *ψυχὴ δεσπόζοντος*, cioè *animus dominantis*, e in italiano *animo di padroneggiare*, come appare già dalla Parafrasi greca delle Istituzioni e dai Commenti di Stefano e di Giuliano ai Digesti (2). Da tale conformità giustamente mi pare si possa arguire coll'Alibrandi (3) che la definizione fosse opera di maestri greci anteriori e contemporanei di Giustiniano, e che già si leggesse nel commentario di definizioni di Cirillo professore Beritese, di cui i giuristi greci facevano gran conto (4). Comunque stia la cosa, essa è certamente assai diversa da quelle che si incontrano nelle leggi romane. Ove l'*animus* del possessore giuridico è definito «*animus possidendi* o *possidentis*, *affectio tenendi*» e simili, e non mai «*animus domini*»; il che ci induce a credere che molto probabilmente i giureconsulti romani non vi avessero pensato mai, per quanto il Savigny sostenga il contrario. Questi nota bensì che tale espressione si incontra solo nella Parafrasi attribuita a Teofilo, ma dice che è presupposta nelle Istituzioni e nelle Pandette. Senonchè, avendo egli voluto adattare per forza questo concetto dei Greci alla dottrina romana possessoria,

(1) RUDORFF, App. a Sav., n. 40.

(2) Parafrasi greca § 4 per *quas. pers. acquir.* e § 2 *quib. mod. toll. oblig.* — STEFANO, scolio alla l. 9, D. *De Rei Vind.* Basil. xv, 1, 9. Heim. Tom. II. App. p. 7. — ANONIM. al f. 3, § 15, *ad exhib.*, Basil. L, 4, 3, Heim. II, Sup. Zac. p. 53.

(3) ALIBRANDI, Op. cit., p. 17.

(4) HELMBACH, Basil. vi, p. 9.

non riuscì più a far entrare nel suo sistema il possesso del creditore pignoratizio, del sequestratario, del precarista e dell'enfiteuta, nei quali vi può essere *animus possidendi* ma non *domini*, e dovette immaginare i casi del possesso derivato, uno dei punti più infelici della sua teorica.

Ma l'*animus dominantis* dei Greci è assai diverso dall'*animus possidendi* dei Romani giureconsulti. Non è qui il luogo di esaminare tutti gli aspetti di tale differenza; ma basterà notare che, se l'*animus possidendi* è compatibile con un possesso che si tenga anche a nome altrui, altrettanto non si può dire dell'*animus dominantis*. Questo esclude tutti i casi di semplice detenzione. Non sarà quindi più nè necessario nè possibile considerare come possessori giuridici alcuni nudi detentori pel solo fatto che ad essi vennero concesse le difese possessorie; poichè la legge provvede ora diversamente al caso loro. Una prova di tutto ciò si può già avere nel fatto che Giuliano nel commento al fr. 3, § 15, *ad exhib.* (1) attribuisce la ψυχὴ δεσπόζοντος solo al possessore che può usucapire, non a quello che ha l'interdetto.

Tutto insomma dimostra come per necessità di sistema si tendesse a porre decisamente da un canto il possesso propriamente detto, a cui la legge riconosce degli speciali effetti oltre alla semplice difesa, e da un altro ogni caso di detenzione, alla quale la legge concede la sola protezione contro la violenza. Ma l'aver così innalzata la nuda detenzione traeva con se il pericolo che si desse una soverchia importanza all'elemento materiale nel possesso, e che, rinnegando i progressi già fatti dalla dottrina romana, lo si concepisse di nuovo unicamente come un'azione fisica sulla cosa. E ciò appunto avvenne ai Bizantini.

I quali però, come ho detto, non giunsero senz'altro a tali conclusioni. Da principio anzi si potrebbe credere che per nulla essi si scostino dall'antico sistema. Infatti l'autore della Parafrasi greca, che definisce il possesso « νομὴ μὲν ἐστὶ σωματικοῦ πράγματος κατοχὴ (2) », cioè in senso molto materiale, distingue

(1) HEIMBACH, II, p. 53.

(2) S. I. *De interd.*

ancora fra detenzione e possesso in questo modo: Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὐτῇ ὅτι κρατεῖν ἐστὶ φυσικῶς κατέχεῖν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχεῖν (1). In altri luoghi pure dimostra di non aver ancora abbandonato l'antico criterio di distinzione (2). Giuliano poi nel commento al f. 3, § 15, *ad exhib.* sopracitato segue la famosa tripartizione di possesso *ad usucapionem*, di possesso *ad interdicta* e di nuda detenzione, come gli antichi. È però degno di nota come tanto lo Pseudo-Teofilo come Giuliano chiamino il possesso *ad interdicta* semplicemente legale, e l'uno dica τῷ νόμῳ νέμομαι, e l'altro ἔννομοι (νομί). Ma su questo concetto e su la tendenza, che il Ruggieri notò negli scrittori bizantini, « a restringere la nozione del » possesso in vista delle disposizioni fatte su di esso dal diritto » positivo al solo possesso idoneo alle *usucapioni* (3), diremo trattando dei Basilici, ove essi hanno il loro pieno svolgimento.

§ 3.

In Oriente le Collezioni di Giustiniano non erano accessibili a tutti, perchè non tutti, anzi assai pochi, conoscevano il latino. Si fece quindi sentire ben presto vivo il bisogno di riunire le disposizioni più importanti e di più frequente applicazione in manuali redatti in lingua greca, i quali non escludessero punto i libri giustinianeî, ma per contro vi facessero richiamo, come alla vera e genuina fonte del diritto. Ora tali compendi, il cui numero si venne facendo sempre maggiore in seguito, presentano tutti alcuni caratteri speciali. Per la stessa indole loro essi tralasciano anzitutto ogni nozione puramente dottrinale e quindi ogni definizione. Inoltre, come in ogni altra raccolta sommaria di leggi, il diritto penale ha in essi una ragguardevole prevalenza.

Queste considerazioni ci spiegano perchè in ordine al possesso questi manuali, lasciata in disparte ogni definizione ed ogni di-

(1) § 2. *Quib. mod. toll. obb.*, m, 39.

(2) iv, 15, § 5.

(3) RUGGIERI, vol. I, p. 10.

squisizione intorno ai suoi elementi, e tralasciate pure le disposizioni riguardanti l'interdetto, accolgano la sola legge di Valentiniano II. Non si può quindi arguire col Bruns da tale scarshezza di disposizioni, che molto povera dovesse essere la dottrina possessoria dei Bizantini; perchè questi manuali non escludono punto, come già dicemmo, le Compilazioni di Giustiniano, ma le presuppongono.

Varie sono le lezioni della legge contro la privata violenza, che essi ci danno, e di tale diversità è necessario che si tenga conto. Già nelle Istituzioni di Giustiniano, nella Parafrasi greca, e nel Codice essa si presentava sotto forme diverse. La lezione poi del Codice Giustiniano differiva assai da quelle del Codice Teodosiano, ove si incontra in più costituzioni sancita la stessa massima, che ebbe, come vedemmo, la sua origine nel *Decretum Divi Marci*, e si venne in seguito sempre più allargando fino a Valentiniano II e a Valentiniano III. In alcune di tali costituzioni le differenze toccano anche la sostanza della disposizione, senza però che il principio sia cambiato, come fu dimostrato nell'esame che di esse abbiamo fatto a suo luogo. Alcune volte cioè non esiste quel perfetto parallelismo fra la pena del proprietario e quella del non proprietario, costretto il primo a perder la cosa, e questo a restituirla pagandone la stima; ma per l'uno o per l'altro dei due è disposto in modo alquanto diverso. Ci sembra quindi che di tale considerazione non abbia tenuto conto il Bruns, allorchè afferma che nell'*Ecloga* di Leone Isaurico e di Costantino Copronimo non vi è traccia della legge (1); poichè l'*Ecloga* al titolo Ποινάλοις τῶν ἐγκληματικῶν κεφαλαίων così si esprime:

Ὁ πρᾶγμα ἔχων μετὰ τινος καὶ μὴ τῇ ἀρχῇ προσφωνῶν, ἀλλ' αὐτοβούλως εἴτε κατ' ἐξουσίαν, ἢ καὶ τινὰ δυναστείαν χειρὶ ἐπιβαίνων καὶ ἐπαίρων τὸ ὅτιον, εἰ μὲν κατὰ ἀλήθειαν ἴδιον ζητῶν τοῦτο ἐποίησεν, ἐκπιπτέτω τοῦ ἰδίου πράγματος καὶ ἀναδιδότω αὐτό. εἰ δὲ καὶ ἀλλότριόν τι ἀπῆρεν, ὑπὸ μὲν τοῦ κατὰ τόπον ἀρχontos δαιρέσθω ὥς μὴ ἀρχόμενος καὶ ἑαυτοῦ γενόμενος ἔκδικος, καὶ οὕτως τὴν ἀποκατάστασιν ποιείσθω ὅπερ ἀπελήφεν (2).

(1) BRUNS, p. 96, not. 1.

(2) Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη παρὰ Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου ἐκδ. (ZACH. Coll. lib. iuris G. R. ined. Lips. 1852. Titolo XVII, capitolo 5. —

Cioè il non proprietario della cosa dovrà, dopo la restituzione della medesima, esser sottoposto ad una pena corporale e non al pagamento della stima. Così si fa ritorno ad una delle fasi primitive per cui passò la legge nella sua non breve evoluzione. Ma ciò per rispetto al possesso non ha importanza di sorta, poichè anche redatta in tale maniera essa servirà ugualmente nell'un caso e nell'altro a far recuperare la cosa tolta con violenza, il che è quanto a noi più importa. Notiamo infine come la redazione della legge dataci dall'Ecloga ricordi per la forma quella delle Istituzioni di Giustiniano (1), e più da vicino ancora quella della Parafrasi greca, e si scosti invece dalla redazione del Codice Giustiniano; poichè in questa è fatta parola del possesso, mentre in quelle se ne tace affatto. Ciò non è senza importanza, perchè dimostra che la legge si era venuta nel frattempo generalizzando per modo, che la restituzione si doveva fare a chiunque detenesse la cosa, senza ricercare se egli l'avesse a titolo di possesso, o non.

Della legge contro la privata violenza fu fatta una applicazione speciale alle questioni sorgenti dalla coltura dei terreni in quel codice di polizia rurale che sono le leggi georgiche (Νόμοι γεωργικοί) (2), ove al titolo *Περὶ καινότητων* secondo Heimbach,

LEUNCLAVIUS. *Jus. g. r.* Tom. II, tit. XXVIII, n. 32): «Qui cum aliquo negotium habet nec magistratum compellat, sed proprio consilio, sive potestate sive potentia quadam fretus, manu invadit et quidvis aufert; si quidem reipsa quod suum est quærens, id fecit; re sua cadat, eamque alteri restituat. Si alienum quid abstulit a præside locis flagris cæditor, veluti qui, quum magistratum non gereret, suimet ipsius se vindicem fecerit; atque ita quod abstulit, restituat». (Trad. di Leunclavio).

(1) Ist. e Paraf. gr. IV, II, § 1; Ist. IV, XV, § 6; Paraf. grec. IV, XV, § 5.

(2) Νόμοι γεωργικοί κατ' ἐκλογὴν βιβλίων τοῦ τῆς θείας λήξεως Ἰουστινιανοῦ βασιλέως. Heimbach, in appendice al *Πρόχειρον* d'Harmenopulo, p. 851; Leunclavius, *Jus. græc. rom.* T. II, p. 265. — Heimbach è il primo editore di Harmenopulo; altri credette fosse opera di Giustiniano o di Giustiniano II, come Guicacio, Reitz, Bach, Schœll; ma il Mortreuil (*Hist. du Droit bis.*, vol. I, p. 393) e lo Zachariæ von Lingenthal (*Gesch.* p. 235. *Delineatio* § 21), considerando lo stretto legame che esiste fra tali leggi e l'Ecloga, assegnano loro la stessa data.

Ὁ Περὶ βίας secondo Loewenklaui (Leunclavius), si dice che colui che crede suo un campo ne domandi la restituzione per mezzo del giudice, e si aggiunge (1):

Εἰ δὲ περιφρονήσας τοῦ δικαστηρίου βιαίως ἐπαγάγῃ, τέως μὲν τῆς νομῆς ἐκπιπτέτω, καταδικαζέσθω δὲ καὶ περὶ τῆς βίας ἐκπίπτων ἐκ τῶν οἰκείων.

L'Ecloga ebbe ben presto una revisione, che fu l'*Ecloga privata aucta* (2), a causa delle sue grandi inesattezze di diritto, fra le quali è evidente che i revisori avvertirono anche quella di aver fatto fare un passo indietro alla legge contro la privata violenza, col non averle dato la sua forma definitiva ed usuale. Infatti al titolo stesso: Ποινάλιος τῶν ἐγκληματικῶν κεφαλαίων riappare la legge di Valentiniano, redatta in modo incomparabilmente migliore, e assai simile per alcune frasi alla Parafrasi greca, e, quel che più importa, così concepita che l'invasore della cosa altrui non è più soggetto dopo la restituzione della cosa ad una pena corporale, ma al pagamento della stima. Ecco la legge:

Ὅ μὴ προσωνήσας ἄρχοντι ἢ δικαστῇ ἀλλ' αὐτοβούλως πρᾶγμα ὑπὸ τινος διακεχρημένην βίᾳ ἀφέλῃται, εἰ μὲν ἐν ἀληθείᾳ ἴδιον αὐτοῦ ἐστίν, ἐκπιπτέτω τῆς ἐπ' αὐτῷ δεσποτείας ἀναδιδούς αὐτὸ τῷ βιασθέντι, εἰ δὲ ἀλλότριον τυγχάνει τὸ ἀφαιρεθέν, ὁμοίως ἀναδιδότω μὴ μόνον τὸ τοιοῦτον πρᾶγμα, ἀλλὰ καὶ τὴν αὐτοῦ διατίμησιν τῷ τὴν βίαν ὑπομείναντι (3).

Notiamo che questa è senza dubbio la più precisa e minuziosa redazione che mai abbia avuto la legge; come appare dallo studio di ben determinare lo stato delle cose in apparenza e in realtà, dal definire a chi passa la proprietà della cosa, a chi inoltre la cosa e la stima della medesima, e dal complesso infine della dicitura. Anche qui non è fatta parola del possesso.

(1) Quod si iudicium aspernatus violenter invaserit, primo quidem possessione delictor, ac deinde de vi condemnator, etiam suas res amittens.

(2) *Ecloga privata aucta*. Zach. I. G. R. IV.

(3) *Ecloga privata aucta*. Tit. XVII. (Zach. Coll. lib. I. G. R. t. IV, p. I segg., 1856...).

Colui, che non si rivolge all'arconte o al giudice, ma di propria autorità tolga una cosa ad altri con atroce violenza, se la cosa in realtà gli appartiene, ne perda la proprietà in favore del violentato; se poi la cosa tolta è di altri, la restituisca ugualmente, e paghi inoltre la stima della medesima a chi fu vittima della violenza.

L'imperatore Basilio, crescendo in Oriente la necessità di buone collezioni di diritto redatte in lingua greca, si accinse a compilare una grande raccolta di tutte le leggi; ma nel frattempo, emanò un manuale di diritto, dello stesso genere dei precedenti, detto Ὁ πρόχειρος νόμος, dopo aver però abrogato l'Ecloga di Leone, in causa, come dice egli stesso nel suo proemio, dei suoi grandi errori. Vedremo che ciò non ostante la Ecloga rimase in vigore e fu oggetto di varie posteriori revisioni ed aggiunte. Nel Πρόχειρος la legge di Valentiniano sta al titolo Περί ποινῶν, e ci appare in forma molto succinta ed efficace, che mette conto di ricordare perchè è ripetuta in tutti quei numerosi lavori, che poi furono condotti sul Πρόχειρος. Eccola:

Ἐὰν χωρὶς δικαστικῆς ἀποφάσεως ἀφέλῃται τις πρᾶγμα, εἰ μὲν ἴδιον αὐτοῦ, ἐκπίπτει τῆς αὐτοῦ δεσποτείας· εἰ δὲ ἀλλότριον, παρεχέτω αὐτὸ τὸ πρᾶγμα καὶ τὴν διατίμησιν αὐτοῦ (1).

La legge astrae sempre più dalla qualità di possessore di chi patì la violenza. Nota lo Zachariæ che nel Cod. Parigino 1384 questa costituzione viene attribuita espressamente agli imperatori Basilio, Costantino e Leone; ma ciò è dovuto evidentemente alla forma tutta nuova che fu data alla legge, la quale potè trarre in inganno l'autore del codice (2).

Un rimaneggiamento del Πρόχειρος, intitolato Ἐπαναγωγή τοῦ νόμου, il quale è dubbio se mai sia stato promulgato in modo ufficiale, ripete la lezione della legge dataci dal Prochiro, con qualche lieve alterazione di parole, che non franca la spesa di riferire (3).

In questi lavori la legge contro la privata violenza compendia in se tutta la dottrina possessoria. Questo fatto, se da una parte non ci può indurre a credere che a così poca cosa si

(1) Ὁ πρόχειρος νόμος. Tit. xxxix, cap. 49. Zachariæ. Heidelberg. 1837. « Si quis citra iudiciale decretum rem violenter abstulerit, si ipsius erat propria, dominium eius amittit, si aliena, præstet rem ipsam et eius æstimationem ».

(2) Ὁ πρόχειρος. Loc. cit. nota. Vedi pure, *Fragmenta græcæ versionis legum Rotharis*. Zach. Heidelberg. 1835, p. 16-17.

(3) Ἐπαναγωγή τοῦ νόμου. ZACHARIÆ. *Collect. lib. iuris G. R. ined.* Lips. 1852. Tit. xl, cap. 75.

limitassero le nozioni dei Bizantini sul possesso, dall'altra però deve servirci di norma e prepararci ad accogliere con una certa diffidenza alcuni ritorni all'antico sistema, i quali non furono altro che un risveglio dottrinale senza pratiche conseguenze.

§ 4.

La grande collezione di Basilio il Macedone in 40 libri ebbe vigore per poco tempo, perchè ad essa si sostituì quella del figlio di lui Leone il Filosofo, la quale fu chiamata Ἀναθήκαι των παλαιών νόμων (*repurgatio veterum legum*), o più brevemente Τὰ βασιλικά. Sono una rifusione di tutte le collezioni giustiniane, tolta ogni distinzione fra Istituzioni, Pandette e Codice; ove però le leggi non vengono riferite nella loro forma genuina, ma secondo le elaborazioni greche più in voga e i commenti di Teofilo, Giuliano, Stefano, Cirillo, Talaleo, Dorotheo, Teodoro, ecc. Essi non tolsero valore alla legislazione di Giustiniano, alla quale era ancor sempre dato di ricorrere.

Nei Basilici si incontrano alcune generali osservazioni intorno agli interdetti possessorî ai tit. 14 e 17 del libr. XLVIII. Si è lamentato la loro deficienza. Ma anzitutto si deve osservare che quei titoli sono frammentari. Inoltre la nozione degli interdetti rinnovata e rinfrescata da Giustiniano, non poteva non andar di mano in mano impoverendosi, data la tirannia che in tale materia esercitava la legge contro la ragion fattasi.

I Basilici non hanno fuso insieme il titolo del Codice e il titolo dei Digesti che trattano dell'interdetto *Unde vi*; ma hanno posto quello al lib. L in coda al titolo 3 Περί καταχρήσεων καὶ νομῶν, e questo invece al lib. LX e nel tit. 17 Περί βιαιῶς πραγμάτων ἀρπαγόντων, καὶ ὀχλαγωγίας καὶ περὶ βίας ἐνόπλου. Cosicchè la formula dell'interdetto tratta dall'antico editto, e le sue regole principali si trovano al tit. 17 del lib. LX, insieme all'*Utrubi*, all'*actio vi bon. rapt.* e alle leggi Giulie, mentre le costituzioni imperiali e la famosa legge di Valentiniano sono al tit. 3 del lib. L. La disposizione della materia è indubbiamente molto infelice, perchè, dato pure che si volesse dividerne la trattazione, sarebbe stato ad ogni modo meglio invertir le parti. Si potrebbe forse

osservare che, dovendo trattare delle leggi Giulie insieme alle altre disposizioni contro i turbamenti dell'ordine pubblico, ed essendo tali leggi il necessario complemento degli interdetti recuperatori, la trattazione di questi fu di necessità involta nel tit. 17. Ma se ciò spiega la loro collocazione non spiega però la irrazionale e faragginosa disposizione della materia al titolo sopracitato, la quale è sì confusa che uno scoliaste si credette in dovere di avvertire al cap. 27: « In multa dissecatus est hic » titulus. Nam ab initio usque ad cap. 4 tractat de actione vi » bon. rapt., et rursus a cap. 31 usque ad finem tituli. A cap. » 7 usque ad hoc agit de interdicto *Unde vi*; a cap. 4 usque » ad 7 tractat de turba: in hoc autem agit de interdicto *Utrubi* » ecc... In cap. 28 autem agit de Salviano interdicto, et in cap. » 30 rursus de interdicto *Uti possidetis* » (Trad. Heimbach).

Ma quanto alla distribuzione della materia non bisogna esser troppo schizzinosi, poichè neanche le Collezioni romane possono essere prese come modelli del genere.

In quali rapporti stanno le due separate trattazioni, che i Basilici per tal modo ci danno delle difese possessorie? Lo dice uno scolio al cap. 7 del tit. 17, lib. LX, ove, dopo che nel testo fu enunciata la formula dell'interdetto tratta dall'editto, si aggiunge: Ἄλλοτερον ἐντέδικτον οὐκ ἐστίν, ἀλλ' οὐκ ἐμποδίζον, οἷον καὶ τὰ βιβλ. v'.... τίτ... κεφ.... *Aliud interdictum Unde Vi, sed non pœnale, quale proponitur* lib. 50, tit...., cap.... (Trad. Heimbach) (1). Lo scolio dice: questo, che viene enunciato, è un altro interdetto, ma non penale, come quello che già si vide al lib. 50. Lo scoliaste infatti ne avverte subito la differenza col dire che nel nuovo *verum id tantum persequitur quod amissum est...*, mentre nell'altro si ottiene molto di più (2).

(1) Le indicazioni sono in bianco, ma non possono riferirsi che al tit. 3 cap 55, cioè alla legge di Valentiniano. — Lo scolio è al vol. v, p. 572.

(2) È chiaro perciò che il Ruggieri intese lo scolio alla rovescia, quando scrisse che lo scoliaste s'induce a credere esser due gli interdetti, uno penale trattato in esso tit. 17, lib. LX, l'altro non penale e diretto alla restituzione, trattato nel tit. 3, lib. L. (Vol. I, p. 13).

Questa distinzione di interdetto penale e di interdetto civile è spiaciuta al Bruns (1). Ma essa, a parer mio, non fa altro che dare un nome a ciò che già era stato accolto da un pezzo nella pratica.

Prescindiamo dall'opportunità del chiamarli interdetti. Ma per quanto riguarda i loro rapporti, già abbiamo osservato in altra sede del nostro lavoro come al possessore spogliato si presentassero appunto due vie per riaver la cosa sua, una civile mediante l'interdetto, l'altra penale mediante la legge contro la violenza privata. Quella, non importando *inscriptio*, aveva il vantaggio di non esporre il possessore al rischio di incorrere nella stessa pena, ove non avesse provato il suo asserito; questa per contro di far ottenere durevolmente la cosa e la stima. Le leggi Giulie, che si davano sussidiariamente all'interdetto, importavano bensì una pena ancor più grave, ma che non andava a vantaggio del possessore. Seguendo quindi, senza però annettervi troppa importanza, la distinzione dello scoliaste, possiamo distinguere la trattazione delle difese del possesso nei Basilici in due punti:

a) Per rispetto al rimedio penale, cioè alla legge di Valentiniano, che è contenuta nell'Edizione di Heimbach al cap. 55 del tit. 3, lib. L (2). Anche in questo punto appare evidente lo scopo dei compilatori della raccolta di ritornare alle pure fonti romane; poichè, ripudiate tutte le lezioni intermedie, si risale a quella genuina del Codice Giustiniano.

« Ἐάν τις, ἢ τοῦ δημοσίου, ἢ ἄλλου τινὸς νεμομένου πράγμα, βίχ ἀφέληται αὐτό, εἰ μὲν δεσπότης ἐστίν, ἐκπεσεῖται αὐτοῦ· εἰ δὲ ἀλλότριον ᾗν, οὐ μόνον αὐτὸ δίδωσιν, ἀλλὰ καὶ τὴν ἀποτίμησιν αὐτοῦ (3) ».

(1) BRUNS, p. 96.

(2) Heimbach seguendo Reitz (The. Meerman. v, p. 50, nota 1) pone questa legge al cap. 55, mentre Fabroto la porrebbe al 57. Senza entrare nel merito della questione, dobbiamo però notare che in tutti i luoghi dei Basilici, ove è ricordata la legge, essa viene citata come il cap. 57 del lib. L.

(3) Si quis vel fisco, vel alio modo rem possidente, vi eam abstulerit, si quidem dominus est, eam amittet; sin autem aliena erat, non modo ipsam red- dit, sed etiam eius æstimationem (Trad. Heimbach).

Il fatto che la legge figuri al titolo *Περὶ καταχρήσεων καὶ νομῶν* e che vi sia fatta parola nuovamente di *νομή*, possesso, potrebbe far credere che ne sia stata ristretta l'applicazione di nuovo al solo possessore giuridico, se pure lo fu mai; ma il concetto del possesso a cui si informano i Basilici potrà persuaderci del contrario. La larga applicazione della legge ci è attestata dai frequentissimi richiami che ad essa sono fatti in molte e varie parti dei Basilici, come in uno scolio di Doroteo al cap. 7, tit. 17, libro 60, in uno molto importante di Stefano al cap. 24, tit. 1, lib. 42, nel cap. 2, tit. 17, lib. 60, ove si tratta dell'*actio vi bonorum raptorum*, in uno scolio di Doroteo al capo stesso, e in alcuni scolii al capo 4 del tit. 31 dello stesso 60° libro; e in vari altri luoghi ancora.

b) Per rispetto al rimedio civile, nulla fu mutato nella formula e negli elementi del medesimo. La formula è questa:

Δέγει ὁ πρῶτος· Εἰ ἐκβάλῃς τινὰ βιαίως, ἢ σύ, ἢ ἡ φαμίλια σου ἀπὸ τόπου, καὶ περὶ αὐτοῦ, καὶ περὶ ὧν εἶχεν ἐκεῖ, ἐντὸς ἐνιαυτοῦ· μετὰ δὲ ταῦτα εἰς τὸ περιελθὼν εἰς τὸν ἐκβαλόντα κινήσει (1).

Spetta al solo possessore, come è detto chiaramente nel paragrafo (Θέμα) 2, del cap. 7 e negli scolii aggiuntivi, ove non è concesso l'interdetto al colono, ἐπειδὴ ἄλλω νέμεται. Si dà pei soli immobili come è detto in più luoghi, ove si aggiunge che spettano pei mobili le tre azioni già citate da Ulpiano ecc. Non si dà contro il terzo possessore e non si ammette l'eccezione di vizioso possesso. Infine non è senza interesse per noi il rilevare che della pretesa *actio momentariæ possessionis* di Cuiacio e di Ihering si sono andate perdendo sempre più le già deboli traccie.

Quanto al possesso, i Basilici lo definiscono in un luogo: Ἡ νομή φυσικὴ ἐστὶ κατοχὴ e in un altro: Νομή ἐστὶ φυσικῶς ἢ τοῦ πράγματος κατοχὴ (2). Questa sarebbe la definizione del possesso preso in senso largo.

(1) BASIL. LX, tit. 17.

« Prætor ait: Si quem loco deieceris vi aut tu, aut familia tua, de eo, deque iis, quæ ibi habuit, intra annum: postea vero de eo, quod pervenit ad eum, qui deiecit, agat » (Trad. Heimbach).

(2) BASIL. L, 2, cap. 1 e 61.

Il possesso propriamente detto è definito invece: Κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή (1). Con ciò viene formulata nel modo più esplicito quella distinzione nuova, di cui ho detto in principio; e così si spiega come un significato molto più ampio si debba ora dare alla parola νομή. Non mancano però nei Basilici le contraddizioni. E sembra contraddire infatti il passo di Giuliano accolto non già nel testo ma in uno scolio ove è detto:

Τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶν ἔννομοι καὶ πολιτικάι, ὥσπερ ἡ περὶ οὐσουκαπίωνι· κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὥς ἐπὶ τῶν ἰντερδύκτων· αἱ δὲ φυσικάι, ὥς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας· ἕτεροι γὰρ νέμονται (2).

Ma il fatto, che egli restringa, come già osservai, l'*animus dominantis* alla prima specie e riservi a questa il nome di possesso propriamente detto (κυρίως), è un segno della tendenza a fare una sola distinzione, e dimostra che con lo scolorirsi della nozione degli interdetti anch'è quella del possesso ad essi relativo andava facendosi sempre più incerto. Il Ruggieri (3) ha notato negli scrittori bizantini e specie nei Basilici una tendenza, secondo lui ingiustificata, a restringere il senso della parola possesso per eccellenza a quello idoneo alle *usucapioni*. Le parole sopra riferite di Giuliano ne sono una prova. Inoltre al cap. 61, tit. 2, lib. 50, subito dopo le definizioni del possesso semplice e del possesso giuridico, che abbiamo sopra riferite, si aggiunge quasi a riprova della distinzione: Τότε οὖν λέγομέν τινα νέμεσθαι καὶ ἔχειν τὰ τῆς νομῆς ἀποτελέσματα, ὅτε μηδεὶς διάδικος αὐτῷ παρενοχλήσῃ, ἀλλὰ πάντων σιωπῶντων βεβαιωθῇ ἡ νομή ecc. (4), riferendosi così a quanto è detto per le *usucapioni* nella legge 10,

(1) BASIL. L., 2, cap. 61.

(2) BASIL. L., tit. 4, cap. 3. (Vol. II, supplem. Zach. p. 52): « Possessionum aliae sunt legitimae et civiles, ut ad usucapionem: possessio enim proprie est detentio animo domini: aliae legitimae tantum, ut ad interdicta: aliae naturales, ut in commodato vel pignore: alii enim possident ».

(3) RUGGIERI, p. 11.

(4) « Tunc igitur dicimus quem possidere possessionisque effectus habere, cum nemo adversarius eum inquietaverit, sed omnibus tacentibus possessio confirmata sit ».

cod. VII, 32, cioè che non possono decorrere quando vi è contestazione.

Non mi pare invece che provi in modo soddisfacente, come pensa il Ruggieri, lo scolio al cap. 7 (lib. 60, tit. 17) (1), poichè, pur tralasciando che non è improbabile si debba leggere coll'Arndts (2) e col Rudorff (3) καλῇ πίστει in luogo di καλῇ πίστει, come porta il testo e sostiene il Ruggieri, l'accenno ad ogni modo è troppo incerto.

A me poi questa tendenza pare ampiamente giustificata dal fatto che il possesso interdittale non aveva più valore. Si può obiettare che ciò sta per gli interdetti *recuperandæ*; ma che restano sempre i *retinendæ possessionis*, a cui è necessario provvedere. Vedremo come anche questi siano stati eliminati a poco a poco dalla legge invadente ed esclusiva di Valentiniano. Infatti nei Basilici per l'ultima volta compaiono l'*Uti possidetis* e l'*Utrubi*; poi vengono meno del tutto.

Nei Basilici inoltre comincia a indebolirsi la nozione del quasi possesso e degli interdetti ad esso inerenti. Il nome stesso di quasi possesso (ὡσαυτε νομή), che si trovava in Teofilo, più non compare; e degli interdetti, alcuni, come quello *de itinere actuque privato*, sono tralasciati ed altri esaminati in modo ristretto e confuso. Alfine ogni loro traccia scomparve.

Si attribuisce ciò all'ignoranza dei Bizantini. A noi pare che un mutamento di tanta importanza non possa effettuarsi senza una causa speciale ed intrinseca al sistema, oltre a quella generica ed esteriore della cattiva conoscenza del diritto; e quindi ci riserviamo a porla in chiaro quando se ne presenterà l'opportunità nell'esame dei testi.

§ 5.

L'effetto della rinnovazione alquanto fittizia dell'antico diritto operata dai Basilici non fu di lunga durata. Cominciò ben tosto

(1) BASIL. Heimb. v, 574.

(2) ARNDTS, *Pandette*. § 136. not. 2.

(3) RUDORFF, App. n. 40

per il diritto bizantino un periodo sotto la dominazione degli *Iconoclasti*, che lo Zachariae chiama medioevale (1). Esso segna difatti il massimo della confusione nelle idee giuridiche, e del decadimento degli studi teorici del diritto, i quali si rialzarono poi soltanto sotto la dinastia Macedone.

La prima collezione che ci si presenta è l'Ἐπιτομή τῶν νόμων (2), di autore ignoto, il quale, pur giovandosi delle Collezioni di Giustiniano e dei Basilici, segue però il *Prochiron* di Basilio. Infatti al titolo Περί βίας καὶ ἀρπαγῆς πραγμάτων καὶ ἀγρῶν ecc. (3), dopo aver nel primo capo ricordato l'*Edictum Divi Marci*, riferisce subito la legge di Valentiniano nella lezione datane dal *Prochiron*, con qualche insignificante mutamento. Notiamo di passata come tale ravvicinamento serve a confermare sempre più la stretta relazione esistente fra quei due provvedimenti, sulla quale abbiamo già altrove insistito.

Al capo quinto dello stesso titolo, avendo specialmente riguardò all'agricoltura, alla quale accenna la parola ἀγρῶν dell'enunciazione, ricompare la legge secondo la sommaria esposizione che ne danno le Leggi georgiche. I capi che seguono immediatamente hanno molte delle regole e delle disposizioni, che le *Pandette* danno intorno all'interdetto *De vi et De vi armata*; ma nessuno fa parola di questo. Un lontano accenno si potrebbe forse vedere al capo 15, ma non è sufficiente. Solo il Codice Viennese al tit. xxxix intercala al capo 8 alcune parole ove è ricordato il δε βι ἐντέρδικτον che serve a riacquistare il possesso (4). Ma oltrecchè si tratta di un solo codice, e di un titolo diverso, l'accenno è sì tenue che non gli si può dare molta importanza. Quindi tutte queste disposizioni non si possono che riferire alla legge contro la privata violenza; e questa è una prima prova della fusione dei due rimedi, che fino allora erano stati tenuti divisi l'uno dall'altro.

(1) ZACH. VON LINGENTHAL, Il d. rom. nella bassa Italia e la scuola giurid. di Bologna. (Trad. Ferrini), p. 2.

(2) Ἐκλογή νόμων τῶν ἐν ἐπιτόμῳ ἐντεθειμένων ecc. Zach. *Ius. gr. rom.* parte II, (fino al tit. xxiii); e parte VII.

(3) Tit. 40, cap. 2.

(4) ZACH. *Ius. Græc. Rom.*, part. VII, p. 136, not. 10.

È poi notevole come la regola, che l'*actio metus causa* si dà anche contro i terzi non autori della violenza, è posta al titolo Περὶ βίας e non al tit. XII, ove al capo 51 sono accolte alcune delle regole dell'*actio metus causa*. Avremo occasione fra breve di far richiamo a questa osservazione.

Del resto la dottrina possessoria è qui assai poca cosa, ed il possesso, senza nessun accenno all'elemento dell'*animus*, comincia ad esser definito senz'altro « νομὴ φυσικὴ ἐστὶ κατοχὴ (1) ». Ciò può forse spiegarsi con questa osservazione: che ritenendosi oramai come possesso propriamente detto solo quello che serve ad usucapire, si doveva necessariamente considerare la φυσικὴ ἀρρογόνη non più come un elemento sostanziale del possesso, ma come un elemento accessorio, simile a quello della buona fede e del giusto titolo, in vista dell'*usucapione*.

La *Synopsis Maior* (2), ampio riassunto alfabetico dei Basilici, ai quali quasi si sostituisce, ha per contro accolti molti maggiori elementi intorno al possesso. Alla lettera π, cap. IV, sono esposte alcune generalità sugli interdetti, come nei Basilici. Alla lettera β, cap. VI, Περὶ βίας, si incontra al n. 7 la legge contro la ragion fattasi secondo la redazione dei Basilici; e al n. 12 la formula dell'interdetto *Unde Vi*; seguono le costituzioni imperiali contenute nel Codice e nei Basilici (lib. L, tit. 3), e le principali disposizioni dei medesimi poste al tit. 17, lib. XL. Senonchè nel riprodurre, al numero 5, la disposizione circa l'*Unde Vi* che sta al cap. 49 del tit. 3, lib. L dei Basilici, si fanno alcune importantissime intercalazioni che ne mutano sostanzialmente il significato (3).

I Basilici avevano detto: Ὁ βίᾳ ἐκβληθεὶς νομῆς διὰ τῆς περὶ βίας ἀγωγῆς ἐντὸς ἑνιαυτοῦ ἀναλαμβάνει αὐτό· κατὰ δὲ κληρονόμων οὐ κινεῖται, εἰ μὴ εἰς τὸ περιεχόν (4).

La *Sinossi* aggiunge εἰς τὸ διπλοῦν, e quindi εἰς τὸ ἀπλοῦν καὶ τοὺς καρπούς, e stabilisce: Ὁ βίᾳ ἐκβληθεὶς νομῆς διὰ τῆς περὶ βίας ἀγωγῆς

(1) Tit. III, cap. I.

(2) Ἐκλογὴ καὶ σύνοψις τῶν βασιλικῶν ecc. Zach. I. G. R., parte V.

(3) Zach. I. G. R., parte VI, p. 140, not. I.

(4) « Vi possessione deiectus actione de vi intra annum rem recipit: sed adversus heredes non instituitur, nisi in id quod ad eos pervenit ».

ἐντὸς ἐνιαυτοῦ ἀνχλαμβάνει αὐτὸ εἰς τὸ διπλοῦν, μετὰ δὲ τὸν ἐνιαυτὸν εἰς τὸ ἅπλοῦν καὶ τοὺς καρπούς. Κατὰ δὲ κληρονόμων οὐ κινεῖται, εἰ μὴ μόνον εἰς τὸ περιελθόν εἰς αὐτούς. Cioè: chi è cacciato per violenza dal possesso potrà entro l'anno avere *il doppio*; dopo l'anno *il semplice coi frutti*. Gli eredi sono tenuti solo per ciò che loro pervenne.

È evidente che questa disposizione affatto nuova nel suo complesso, non è altro che un rimpasto di elementi tolti dalla legge di Valentiniano (poichè la cosa e la stima costituiscono appunto il doppio), e dall'interdetto. Ma perchè si ricorre a questa fusione dei due rimedi, a cui già vedemmo farsi accenno nell'*Epitome*? Ce ne sarà detta la ragione da Eustazio Romano nella *Πετρα* e da Michele Attaliato nella *Πραγματεία*, che fra poco prenderemo in esame.

Intanto due cose essenziali ci restano a notare nella *Sinossi Maggiore*. Abbiamo già fermata la nostra attenzione sul fatto, che nell'*Epitome* la regola, che l'*actio metus causa* si dà contro terzi, figura fra i numeri del tit. *Περὶ βίας*, e non al titolo, che a tale azione accenna almeno di passata. Anche nella *Sinossi* la regola in questione sta al n. 3 del cap. VI *Περὶ βίας*, e non al cap. V, lettera φ, intitolato: *Περὶ φόβου, ὅτι τὸ κατὰ φόβον γινόμενον οὐκ ἐρρώτεται*, cioè al capo che tratta esclusivamente dell'*actio metus causa*. Questa sola a me pare possa esserne la causa.

I Bizantini non osservarono la speciosa ragione addotta dai *Digesti* (1) nel restringere il vantaggio di poter agire contro i terzi a colui, al quale fu fatta violenza con paura, ragione che consiste nel dire che tale specie di violenza impedisce di poter discernere chi ne sia l'autore; ma ne fecero una regola generale per ogni altra specie di violenza. Questa norma poi, abbandonando l'antica sede, cominciò a formare una parte integrante della disposizione più importante intorno alla violenza, che è appunto quella di Valentiniano. La conseguenza pratica, e per noi essenziale, che ne discende, è questa: che per tal via indiretta nel diritto bizantino, contrariamente a quanto era stabilito nel d. romano, si poteva recuperare il perduto possesso anche

(1) Lib. IV, 2, f. 14, § 3.

dalle mani dei terzi; poichè la legge di Valentiniano era omai il solo rimedio a cui si ricorreva nella pratica. Per tal modo veniva attuato il principio, che trovò poi una esplicita e generale sanzione nelle leggi ecclesiastiche e in parte anche nelle secolari dell'Occidente.

L'altra cosa degna di nota, e che strettamente si collega a quanto abbiain detto or ora, è questa. Si è veduto quale concetto multiforme i Romani si fossero formati della violenza, e come vi avessero provveduto in via legislativa con tanti differenti rimedi quanti erano i suoi aspetti; cosicchè alla violenza che si presentava sotto forma di una *delectio* opponevano l'*Unde Vi* e la legge di Valentiniano, a quella che oltre una coazione fisica comprendeva la coazione morale della paura l'*actio metus* ecc.... Per quel formalismo di cui erano schiavi, di tali aspetti della violenza fecero tante nozioni distinte, dandone delle definizioni affatto speciali, come speciali e distinte erano le azioni corrispondenti. I Bizantini per contro, sia che queste sottigliezze di sistema non fossero tali da potersi senza altro accogliere da chi non le aveva immaginate, sia che fossero troppo fini per il loro men sagace criterio giuridico, riunirono e confusero fra di loro tutti i varî aspetti della violenza, e di questa si formarono un concetto non multiforme ma complesso. Del resto bisogna notare come in teoria già i Romani avessero veduta la stretta relazione che fra le due specie principali di violenza intercede, allorchè dicevano che: *quodcumque vi atroci fit, id quoque metu fieri videatur* (1). La coazione fisica si fuse con la morale, le varie definizioni della violenza, che a volta a volta si trovano nei libri di diritto antichi, sono senz'altro raggruppate; e riunite del pari, spesso con poco accorgimento, vengono le varie azioni contro la violenza.

Due conseguenze ne discendono.

Anzitutto che queste varie azioni così conglobate dovessero perdere i loro caratteri una volta affatto peculiari, e fondersi lentamente in una azione che tutti li riunisse. E infatti già

(1) Dig. IV, 2, f. 1.

vedemmo nell'*Epitome*, e poi più chiaramente nella *Sinossi*, un primo passo per questa via. I Bizantini però eran di troppo fiacca tempra giuridica per innalzarsi alla concezione vigorosa di questa azione unica e comprensiva, e per quanto vi abbiano accennato, tuttavia non seppero liberarsi dalle incertezze e dalle contraddizioni; e l'azione *Περί βίας*, che sola resta nei loro libri di diritto, piuttosto che un tutto armonico è un complesso disordinato delle antiche disposizioni. Ciò non ostante, vale a dire anche così conformata, essa non può non avere esercitata molta influenza sulla dottrina possessoria. Una seconda e più importante conseguenza è questa; che, per rispetto alla difesa del possesso, l'azione *Περί βίας* non fosse più ristretta come l'antico interdetto a quel concetto troppo limitato della *deiectio*, ma comprendesse qualunque violenza, anche quella che consiste in una semplice turbativa. Ciò ci spiega anzitutto la scomparsa degli interdetti *retinendae possessionis*, e in secondo luogo quella degli interdetti speciali per le servitù. Infatti vedemmo come la ragione, per cui i Romani non estesero a queste gli interdetti usuali, fu che essi non potevano concepire *deiectio a re incorporali*. Questa ragione ora vien meno; ed è evidente che, tolto l'impedimento, quella tendenza a semplificare ed a ridurre, che già notammo nei Bizantini, li condusse a difendere con una sola azione il possesso delle cose corporali mobili ed immobili, e quello delle servitù.

Nell'*Epitome* e specialmente nella *Sinossi Maggiore* appaiono le prime fasi di questo largo lavoro.

Per rispetto al concetto della violenza, basterà notare che nella *Epitome* (tit. 40, n. 44) è detto solo: *Βίαν ποιῆι ὁ μετὰ κώ- λυσιν ποιήσας* ecc..., e che nella *Sinossi* essa viene definita senza nessuna distinzione al n. 1: *Βία ἐστὶ μεγάλου πράγματος ἐπέλευσις, ἣν οὐ δυνατόν ἀπωθεῖσθαι*, e al n. 10: *Βία ἐστὶν τὸ πράξαι τι ἐναντίον οὗ ἐκωλύετο* ecc... Non vi è nulla di nuovo, perchè tali definizioni sono estratte dalle antiche fonti (1); ma mentre in esse la violenza, consistente nel fare qualunque cosa contro la volontà e

(1) V. Dig. XLIII, 24, f. 1, §§ 5, 6, 7, 8.

la proibizione, concetto assai largo come si vede ed atto a comprendere anche la violazione del possesso delle servitù, era riservata all'interdetto *quod vi aut clam*, ora spetta alla generale azione *Περί βίας*.

Per rispetto al possesso ogni titubanza nella sua definizione e nell'analisi dei suoi elementi è scomparsa coi Basilici, e con gli antichi scolii ad essi aggiunti. Infatti la *Sinossi Maggiore* accoglie esplicitamente la distinzione unica fra possesso in senso largo e possesso in senso stretto, come appare dai n. 22 e 26 del cap. iv, lettera Δ. Anche qui, come dal passo dei Basilici (L, 2, 61), da cui le definizioni sono tolte, è evidente la tendenza a considerare come possesso propriamente detto quello che è idoneo alle *usucapioni*.

L'*Epanagoge aucta* (1), come del resto il suo modello, non ha che assai poche disposizioni in ordine al possesso. Al n. 42 del titolo LII *Περί ποινῶν* contiene la legge di Valentiniano, senza nulla aggiungere che accenni alle nuove idee che intorno ad essa si erano venute raggruppando. Ciò del resto si comprende, perchè l'*Epanagoge aucta*, come anche l'*Ecloga ad Prochiron mutata*, di cui diremo in seguito, erano bensì revisioni private, ma non si scostavano dai testi legislativi. Ora è noto che molto spesso, e specialmente nei periodi di decadimento, assai diversi sono il testo e la pratica giuridica, e come sovente molte novità, da gran tempo accolte nei tribunali, siano insistentemente bandite dalle parole della legge.

Infatti, ciò che tace l'*Epanagoge aucta*, è detto chiaramente nella *Πείρα* (2) di Eustazio Romano, che è un trattato pratico tenuto in gran conto dai Bizantini. Dopo avere al titolo XL, n. 9, insistito sul principio che anche il possessore, il quale possegga viziosamente, deve venir senz'altro reintegrato, prende ad esame nel titolo XLII *Περί τῶν ἀπὸ φόβου καὶ βίας ἀμαρτημάτων (καὶ πάσης βίας) καὶ ποιναλίων ἀγωγῶν καὶ ἀναρχίων* tutti i vari provvedimenti intorno alla violenza.

(1) *Epanagoge aucta*. Zach. I. G. R., parte iv.

(2) *Πείρα*, ἡγουν διδασκαλίη ἐκ τῶν πράξεων τοῦ μεγάλου κυροῦ εὐσταθίου τοῦ βωβαίου. Zach. I. G. R. Parte i.

Nota anzitutto al n. 2 come l'*actio vi bon. rapt.* importi la perdita del quadruplo; e finalmente al n. 20, dopo aver considerato che tutte le disposizioni contro la pubblica come contro la privata violenza sono eccessivamente severe nel punire chi la commise, e che l'*actio metus causa* importa anch'essa la perdita del quadruplo della cosa tolta, dice che i giudici, ispirandosi a migliori criteri di quanto non fosse stabilito nelle leggi, lenirono la troppa gravità di tali pene, riducendole al pagamento del doppio, ed adottarono τῷ πράγματι per economia (κατ' οἰκονομίαν) il disposto della legge di Valentiniano. Ecco spiegato il perchè di quella disposizione della *Sinossi Maggiore* che accenna alla restituzione del doppio. La *Sinossi*, dopo aver date le leggi dei Basilici, aggiungeva quanto era invece in uso nella pratica del tempo. Il resto di quella disposizione sarà chiarito dall'opera di Attaliatē.

Tornando ad Eustazio Romano, che i Greci citavano spesso semplicemente come maestro, quanto egli dice è molto importante. Infatti quella legge di Valentiniano, che secondo la testimonianza delle Istituzioni di Giustiniano (1) doveva tener luogo dell'*Actio vi bon. rapt.* solo nel caso che, non potendosi applicare questa per mancanza di *dolus malus*, ripugnasse tuttavia di lasciar andare prosciolto il colpevole, ora si è sostituita a tutte le azioni antiche contro la violenza e tutte le compendia nella sua disposizione. Non è più dubbio quindi che siano passate al nuovo provvedimento tutte le caratteristiche degli antichi; fra cui principale quella di poter agire contro i terzi detentori della cosa. Infatti Eustazio, già nell'enunciazione del titolo, e poi nel suo contenuto, insiste specialmente sulla fusione dell'*actio metus causa* colla disposizione di Valentiniano; il che prova all'evidenza due fatti: anzitutto cioè che la disposizione di Valentiniano realmente si dava contro i terzi, e in secondo luogo poi che era passato ad essa quel concetto più vario e più spirituale della violenza, che prima era proprio solo dell'*actio metus*.

(1) Ist. iv, 2, § 1.

Ora, applicando queste conclusioni alla nostra materia, ci pare dimostrato che nel diritto bizantino era dato di recuperare il perduto possesso contro il terzo possessore, e che ciò si poteva fare non più solo in seguito alla violenza che si manifesta sotto forma di *deiectio*, ma a qualsiasi spoglio. È quindi tolto di mezzo l'antico impedimento ad estendere il rimedio recuperatorio ai mobili ed alle cose incorporali, consistente nel fatto che non si poteva concepire *deiectio a re mobili* od *a re incorporali*; poichè il concetto nuovo e più elastico della violenza, a cui accenna appunto il n. 5 dello stesso titolo, si adatta egregiamente ad ogni spogliazione anche di un possesso incorporale.

Ecco dunque la ragione vera, più attendibile che non quella della ignoranza, per cui andarono man mano scomparendo gli interdetti speciali per le servitù.

Quanto alla nozione del possesso, da alcuni indiretti accenni che si trovano al n. 6 e seg. del tit. xxx, appare che Eustazio Romano continuò a concepirlo come un rapporto puramente materiale fra la persona e la cosa.

L'*Ecloga ad Prochiron mutata* (1) non è altro che un rifacimento degli antichi testi legislativi, da cui toglie le varie disposizioni senza nulla aggiungervi di nuovo. Infatti dall'*Ecloga primitiva* essa toglie la redazione della legge di Valentiniano che sta al tit. xviii, n. 6, *Περὶ ἐγκλημάτων* (Delle accuse); dalle Leggi georgiche l'accenno alla stessa legge, che sta al titolo xxv, n. 27; e al tit. xxxvii n. 2 ne riproduce la lezione, che è riferita dall'*Epitome*. Mancano in essa, come del resto nei libri da cui attinge, le nozioni generali.

§ 6.

Sotto la dinastia macedone, come già dissi, ritornò in fiore lo studio del diritto giustiniano, specialmente mercè la nuova scuola di diritto fondata nel 1045 a Costantinopoli da Costantino Monomaco, nella quale occuparono successivamente la carica di νομοφύλαξ Michele Psello e Michele Attaliates.

(1) *Ecloga ad Prochiron mutata*. Zach. I. G. R., p. iv.

L'influenza dei rinnovati studi è evidentissima specialmente nel primo autore. Egli ci lasciò una « Σύνοψις τῶν νόμων » (1), ossia un compendio di diritto in versi, scritto dietro incarico dell'imperatore Costantino Ducas, per uso del figlio di lui. È quindi un vero manuale *ad usum Delphini*, come si direbbe oggidì, ed il prudente maestro ha tentato di lenire coi versi l'aridezza delle nozioni giuridiche al suo imperiale allievo. Il proposito di ritornare al diritto antico appare già da ciò che nell'enumerazione delle fonti è fatta parola solamente delle giustinianee, e fra le bizantine la sola *Ecloga* di Leone è stata accolta, ma per esser tacciata di inconcludente ed oscura (2). Del resto ricompaiono le ormai abbandonate distinzioni teoriche; ed è palese lo sforzo di dare una impronta, o almeno un nome, conforme alla scienza del periodo classico ai nuovi prodotti della pratica giuridica. Anzi molte nozioni sono rinnovate, delle quali si può assai dubitare se avessero ancora una reale importanza nel diritto nuovo. Ciò è dovuto pure in gran parte allo scopo didattico dell'opera, e alla qualità dell'autore, che era maestro di diritto. Ed hanno veramente un sapore affatto dottrinale ed antico le sue considerazioni intorno agli interdetti, in cui, dopo averne data la definizione e spiegata la natura:

Ἔστι δὲ τὸ ἐντέρδικτον πρῶτως ὁμιλία ecc. (3).

continua distinguendone le varie categorie con una minuzia di particolari molto considerevole, vista la poca mole del lavoro; nè dimentica di citare fra i più importanti l'ἐντέρδικτον τὸ οὐνδεβί, come egli lo chiama traducendo alla lettera dal latino. Ma quando poi si accinge a spiegare che cosa sia questo interdetto, i bisogni della pratica da un lato, e dall'altro i lumi della teoria si contendono il terreno, ed egli scrive questa definizione (4):

(1) Σύνοψις τῶν νόμων. Meerman Thesans. Tom. 1.

(2) Verso 49.

(3) Verso 583 e seguenti.

(4) Verso 883.

Τὸ οὐνδεῖι ἐντέδικτον νοεῖται προσηκόντως,
 εἴ τις τὸν ἔχοντα νομὴν πράγματος ἀκινήτου,
 τῆς νόμης ἀπελάσειεν, ὥς βίαιος τ' ἢ γνώμην,
 κἂν μὲ ἦν ἡ ἀκίνητος κλήσις τοῦ νεμομένου
 εἰσπράττεται καὶ τὴν νομὴν τὴν ἀποτίμησίν τε·
 εἰ δὲ ἦν αὐτὸς ὁ βίαιος τοῦ πράγματος δεσπότης,
 τὴν τούτου πάντως στέρησιν ἔχει ποινήν τῆς τόλμης.

Bosquet traduce questo brano, che le esigenze poetiche han reso alquanto intricato, così: « Interdictum *Unde Vi*, ut convenienter intelligitur, si quis eum qui possidet rem immobillem possessione deiecerit, si enim sciat is qui vim infert eam rem immobilem esse possidentis, possessio et æstimatio ab eo exigitur: si vero qui vim infert rei possessæ sit dominus, conatus pœnam sustinet, omnimodam scilicet eius rei æstimationem ». Dunque l'*Unde Vi* e la legge di Valentiniano sono una cosa sola; o meglio ancora, la legge contro la privata violenza, che nello scolio sopra ricordato dei Basilici aveva già preso ad imprestito dall' *Unde Vi* la qualifica di interdetto, ora se ne appropria il nome in modo esclusivo. Dell' antico interdetto questa sola traccia rimane: che il provvedimento vien da Psello limitato agli immobili. Abbiamo dimostrato che molto probabilmente fin da principio, e senza nessun dubbio in seguito, la disposizione di Valentiniano comprendeva tanto le cose mobili come le immobili. È evidente quindi che Psello fu tratto in errore dalle precise e ripetute affermazioni delle *Istituzioni* e dei *Digesti*, ove è detto che l' *Unde Vi* spetta pei soli immobili, quando egli ne fa una regola della legge contro la razione fattasi, ossia dell'unica difesa ormai ammessa del possesso.

Non deve quindi recare stupore se, in base a tali criteri di ricostruzione giuridica, egli rinnovi la omai abbandonata distinzione fra possesso e quasi possesso, e, sulle tracce dello Pseudo-Teofilo, scriva:

Καὶ φυσικὴ μὲν τις νομὴ κατοχὴ τῶν πραγμάτων,
 ἔ δ' ὥσανει νομὴ χρήσις ἀλλ' ἄσωμάτων (1).

(1) « Naturalis quidem possessio est rerum detentio, sed quasi possessio est usus incorporalium ».

In Michele Attaliatè, che fu ancor egli νομοφύλαξ nella nuova scuola di diritto, si risente pure l'effetto degli studi teorici; ma o per l'indole dell'autore o più probabilmente per l'indole dell'opera sua, che è un manuale non più scolastico ma affatto pratico, le influenze dottrinali, non urtano più così vivamente con quella che doveva essere la consuetudine forense. Infatti nel suo Ποίημα νομικόν, ο Πραγματεία (1), per quasi ogni istituto sono date bensì delle notizie storico-giuridiche, cioè vien riferito quanto stabiliva il diritto antico, ma vi si aggiungono le modificazioni introdotte dalle nuove leggi o dalla pratica. Al tit. IV Περί ἐνοχῶν καὶ ἀγωγῶν egli pone fra i malefici che possono dare origine ad una obbligazione « Βία, ἡ μετὰ ὅπλων ἐπίβεις »; e dopo aver detto come debba comportarsi per far valere in via penale l'obbligazione colui, al quale essa spetta in causa del patito maleficio, aggiunge: εἰ μὴ χρηματικῶς βούλεται τὸν πλαστογραφίας κινήσαι, καὶ τὸν περὶ βίας, ἐφ' ᾧ ἀποκατασταθῆναι ὥνπερ ἐξέπεσε; cioè, salvo il caso che esso preferisca agire in via civile per il falso, oppure per la violenza, a fine di recuperare le cose sue. In teoria quindi era dato ancor sempre a chi era stato vittima di una violenta spogliazione tanto il rimedio civile, che era l'interdetto recuperatorio, quanto il penale. Ma la pratica aveva adottato un mezzo termine fra i due.

Al tit. LIX, Περί βιαιῶς πραγμάτων ἀρπαγόντων, καὶ περὶ ὀχλαγωγίου, καὶ περὶ βίας ἐνόπλου ἤτοι δημοσίας, καὶ περὶ βίας ιδιωτικῆς, tratta anzitutto delle azioni date contro il ratto delle cose mobili; e quindi parlando delle immobili cita l'interdetto, le leggi Giulie e la legge di Valentiniano. Anche qui la restrizione è dovuta all'influenza dei testi giustinianeî.

E appunto intorno alle violenti invasioni degli immobili Attaliatè osserva che il violentato ha il γενικὸν παράγγελμα, ἐφ' ᾧ τὴν νομὴν τοῦ πράγματος ἀναλαβεῖν, μετὰ καὶ τῶν ὄντων ἐν αὐτῷ, τυχόν ζώων, ἢ καρπῶν, cioè l'interdetto *Unde Vi*, e per di più la legge Giulia contro la violenza pubblica se si tratta d'invasione armata, e quella contro la violenza privata se l'invasione fu senz'armi. Ma poi aggiunge:

(1) Ποίημα νομικόν ecc. LEUNCLAVIUS. *Ius. Græco-Rom.* Tom. II.

Οἱ δὲ δικασταὶ σήμερον τὰς ἀκρότητας διαφεύγοντες, τότε εἰς βίαν ἀνέγκειν τὸ γεγόμενον διὰ τὸ τραχὺ, καὶ τὸ τὸν βιασθέντα εἰς μόνην δικαιῶσαι τὴν ἀνάληψιν τῆς νομῆς καὶ τὴν θεραπείαν τῆς ζημίας, διὰ τὸν περὶ ἀναρχίας νόμον τέμνουσι τὴν τοιαύτην ὑπόθεσιν, χρώμενοι τῷ νόμῳ τῷ φάσκοντι ῥητῶς οὕτως· ἔάν τις ecc., (segue la legge di Valentiniano). Cioè, i giudici per evitare sia l'eccesso di condannare il reo della violenza con le troppo severe leggi Giulie, sia l'altro eccesso di condannarlo soltanto a restituire la cosa coi danni, come era stabilito nell'interdetto, si attengono alla legge contro la ragion fattasi, e al disposto di essa informano le loro sentenze (κάντεσθεν τὴν ἰδίαν ἀπόφασιν οὕτω ῥημιζοῦσι).

Ma anche la legge contro la privata violenza ha subito delle importanti modificazioni; poichè Attaliate avverte che la pena di pagar la cosa e la stima si dà solo entro l'anno, dopo l'anno si potrà riaver la cosa coi frutti (Κάνταῦθα τοῖνον ἔσωθεν μὲν ἐνιαυτοῦ κινουμένης τῆς ἀγωγῆς, δίδεται ἡ ποινή, μετὰ δὲ τὸν ἐνιαυτὸν τὸ πρᾶγμα μένον, καὶ οἱ καρποί).

Il Bruns (1) trova enorme che si lasci all'arbitrio del giudice il decidere se un caso di deiezione debba trattarsi con l'interdetto, con le leggi Giulie, o con la disposizione contro la ragion fattasi; ma egli non ha potuto seguire, poichè si fonda sul solo Attaliate, lo svolgersi di questo concetto nella *Sinossi Maggiore* e nelle opere di Eustazio Romano e di Psello.

Rifacciamoci un po' indietro alla disposizione, che la *Sinossi Maggiore* poneva per la prima volta accanto all'interdetto e alla legge di Valentiniano. Già abbiamo osservato che essa non era altro se non un rimpasto di elementi tolti dall'interdetto e dalla legge sopracitata, o meglio forse una trasformazione o un nuovo ufficio della legge contro la privata violenza. Questa invero (sia che si desse solo entro l'anno, come credono alcuni, o fosse perpetua, come abbiamo sostenuto noi) produceva però sempre, senza distinzione di tempo, i medesimi effetti, che erano o la perdita della proprietà o la restituzione del doppio, cioè della cosa e della stima. L'interdetto per contro dava diritto nell'anno alla restituzione della cosa coi frutti,

(1) BRUNS, p. 97.

dopo l'anno a ciò solo che fosse pervenuto allo spogliatore. Ora, in virtù ed a compimento della fusione di tutti gli antichi rimedi ricuperatori in un solo, fusione, iniziata nella *Sinossi Maggiore*, continuata in Eustazio Romano e in Psello, e compiuta in Attaliate, si stabilì che, a differenza della legge contro la privata violenza e dell'interdetto, ma togliendo dall'una e dall'altro, il nuovo provvedimento desse diritto entro l'anno al doppio, dopo l'anno alla sola cosa coi frutti.

Il motivo di tale innovazione, che la *Sinossi Maggiore* non diceva, è riferito come vedemmo da Eustazio Romano e da Michele Attaliate; essi si accordano nell'attribuirlo da una parte alla eccessiva severità delle leggi contro la violenza, dall'altra alla troppa benignità dell'interdetto.

Da ciò sorge spontanea una considerazione.

Ed è che il nuovo rimedio conserva il suo carattere penale solo entro l'anno, secondo quanto afferma espressamente Attaliate. Ciò segna un passo di molta importanza nello svolgimento della teorica possessoria bizantina; poichè ove fosse stato seguito da una decisa evoluzione nello stesso senso, si potrebbe quasi affermare che i Bizantini sarebbero giunti alla soluzione del grave problema. Infatti il difetto sostanziale del loro sistema sta nell'essersi affaticati ad adattare alla difesa del possesso un provvedimento in cui prevalevano gli elementi penali. Ove essi, dopo averli limitati entro l'anno, li avessero sempre più ristretti, sarebbero certamente pervenuti alla nozione veramente scientifica di un rimedio civile unico, comprensivo, tale cioè da avvicinarsi assai a quello famoso dei Canonisti.

Quanto al concetto del possesso Attaliate non si scosta dalla materialità degli altri autori, e al tit. XLV lo definisce « Ἡ νομὴ φυσικὴ ἐστὶ κατοχὴ ». Meno esattamente l'Alibrandi (1), e sulle tracce di lui il Ruggieri (2), interpretano questa definizione nel senso: *naturalis possessio detentio est*; poichè l'aggettivo φυσικὴ deve venir attribuito a κατοχὴ e non a νομή, e la definizione quindi va interpretata così: *possessio est naturalis*

(1) ALIBRANDI, op. cit., p. 20.

(2) RUGGIERI, op. cit., vol. I, p. 10.

(*o physica*) *detentio*. Infatti è da considerarsi anzitutto che Attaliatè non fa più distinzione di sorta fra le varie specie di possesso, nè tra possesso fisico e possesso incorporale, come p. e. Psello; e che inoltre tale definizione, intesa nel senso voluto dall'Alibrandi e dal Ruggieri, sarebbe in contrasto stridente con tutta la restante dottrina possessoria dei Bizantini; tant'è vero che Harmenopulo, togliendo di mezzo ogni incertezza, scrive: νομή ἐστὶ φυσικὴ κατοχή. È poi notevole che Attaliatè parlando dell'interdetto non dica che se ne può valere il possessore (ὁ νομεύς), ma bensì il padrone (ὁ δεσπότης). Non ci pare che si possa attribuire col Ruggieri (I, p. 12, not. 3) questa inesattezza di linguaggio all'aver limitato il possesso propriamente detto a quello con animo di dominare, e neanche col Bruns (p. 97) alla nuova applicazione che si diede alla legge di Valentiniano; perchè ciò non fu opera solo di Attaliatè, e del resto avrebbe dovuto produrre un effetto del tutto contrario. Piuttosto ne porremmo la cagione nel carattere petitorio della legge contro la violenza privata. Ma forse è una pura inavvertenza, poichè non si trova, che noi sappiamo, in altri che in lui e nelle opere tolte dalla sua, come nella *Sinossi Minore*.

§ 7.

Il lungo intervallo di quasi duecento anni che corre da Attaliatè, il quale scrisse intorno alla metà del secolo XI, alla *Sinossi Minore*, che viene dallo Zachariæ (1) assegnata alla prima metà del XIII, se da una parte ci può recar meraviglia perchè non apportò nessuna nuova idea alla dottrina possessoria bizantina e la fece anzi in alcuni punti regredire, dall'altra però ci serve egregiamente a spiegare alcune gravi inesattezze di terminologia, che incontreremo in questi ultimi scritti.

La *Synopsis Minor* (Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον (2)), raccolta alfabetica dello stesso genere della *Synopsis Maior*, condotta specialmente sulla Πραγματεία di Attaliatè, afferma anch'essa che

(1) ZACH., I. G. R., parte II, p. 26.

(2) Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον ecc. Zach. I. G. R., pars. II.

trattandosi di violenza si può agire, come per il falso, in via civile ed in via penale (1). Sulle traccie sempre del suo modello assegna l'interdetto, le leggi Giulie e la legge di Valentiniano alle sole cose immobili; ma in seguito scostandosi da quello, e commettendo in ciò appunto una grave inesattezza, non distingue più violenza pubblica e violenza privata, a seconda che essa fu commessa con l'armi o senza, ma fa della violenza pubblica due sottoclassi, dicendo: δημοσία βία μεθ' ὀπλῶν e δημοσία βία χωρὶς ὀπλῶν. Inoltre parlando dell'interdetto essa non solo pone come la Πρὸς γκατεῖα di Attaliate ὁ δεσπότης, ma crescendo l'errore, ove egli dice che l'interdetto serve a riacquistare τὴν νομὴν τοῦ πράγματος, essa sostituisce semplicemente τὸ πρᾶγμα (2). Del resto la confusione fra νομή e δεσποτεία è evidente ove volendo distinguere, come già le antiche fonti, nella lite la questione petitoria dalla possessoria e da quella per la violenza, finisce di fare delle due prime una cosa sola (3). Finalmente essa non nota per quale nesso logico l'interdetto e le leggi Giulie si siano fusi nella legge di Valentiniano; ma nel ricordarla premette semplicemente: v'è inoltre una legge comune che stabilisce ecc.... (4). Più sotto è detto che l'ἀγωγή περὶ βίας può solo venir esercitata entro l'anno, senza che appaia se con tal nome si voglia indicare l'interdetto o la legge sopracitata (5).

Nella definizione della violenza e del possesso non si scosta dal suo modello e dagli altri testi (6).

Il *Prochiron auctum* (7) ha come il primitivo Prochiro la sola legge di Valentiniano (8). Nel riprodurre poi al tit. xxxviii, n. 60, la definizione del possesso togliendola dalla *Sinossi Maggiore* in luogo di φυσική mette ψυχική, il che non varia però il significato della definizione.

(1) ε 14.

(2) β 14.

(3) β 64.

(4) β 16.

(5) β 56.

(6) ν 13, β 55.

(7) *Prochiron auctum*. Zach. I. G. R., parte vi.

(8) Tit. xxxiv, n. 149.

L'ultimo lavoro di qualche importanza della letteratura giuridica greco-romana è il *Πρόχειρον νόμον* di Costantino Harmenopulo (1). Ma egli non continuò per rispetto alla teoria della difesa del possesso quell'indirizzo che le avevano dato gli ultimi Bizantini e che accennava, come vedemmo, a trasportarla sul suo giusto terreno. In ordine a tale materia è per contro così grande in lui la confusione, che inutilmente credo si tenterebbe di ridurre le sue idee disperse a regolarità di sistema. Anzitutto nel titolo *Περὶ ἀγωγῶν καὶ χρόνων* ricorda al n. 33 *l'ἀγωγή περὶ βίας* in cui si quadruplica *l'id quod interest*; e al n. 34 aggiunge che *l'ἀγωγή περὶ βίας* dà diritto al quadruplo della cosa entro l'anno, se questa non è restituita, e al semplice dopo l'anno. Evidentemente qui egli intende di parlare dell'*actio vi bonorum raptorum*. Però già al n. 35 osserva che *l'ἀγωγή περὶ βίας* devesi intentar entro l'anno, il che più non si accorda con quanto è detto prima. Al titolo *Περὶ ἀνέγκης καὶ βίας*, dopo aver premessa al n. 4 la legge di Valentiniano, troviamo di nuovo al n. 8 *l'ἀγωγή περὶ βίας*, ma questa volta essa non dà più diritto che alla recuperazione della cosa entro l'anno; cioè si tratta dell'interdetto. E infatti spetta a chi sia *ἐκβληθεὶς νομῆς*, mentre nell'altra non è fatta parola di possesso. Ma più sotto al n. 12 ricompare *l'ἀγωγή περὶ βίας* nel primo significato; e al n. 11, cioè tra la prima e la seconda *ἀγωγή* è ripetuta la regola che essa si dà per lo più nell'anno. Al numero 7 poi è enunciata in termini generali, cosicchè non si può attribuirle esclusivamente o alla legge contro la privata violenza, o all'una delle due *ἀγωγαὶ περὶ βίας*, la regola che anche il terzo è tenuto a restituirla la cosa tolta con violenza. Tanta confusione di terminologia è uno specchio di quella che regnava nelle idee.

Tuttavia ci pare che si possa mettere in sodo questa conclusione. Harmenopulo non continuò quella giusta evoluzione iniziata dagli scrittori che immediatamente lo precedevano, ma d'altra parte non portò nulla di nuovo nella materia del possesso e non contraddisse a quanto gli altri avevano fatto.

(1) *Πρόχειρον νόμων τὸ λεγόμενον ἑξάβιβλος*.... ediz. HEIMBACH, Leipzig, 1851.

Ora siccome la pratica, di cui Eustazio Romano, Attaliato, ecc., si erano fatti interpreti, vigeva non ostante che i *Prochiri* e le *Ecloche* continuassero a riprodurre le antiche disposizioni; così può darsi che la stessa cosa avvenisse anche al tempo d'Harmenopulo, la cui opera non è alla fin fine che un manuale simile ai sopraccennati.

Noterò per ultimo come egli riconfermi la omai tradizionale definizione del possesso:

Νομή ἐστὶ φυσικὴ κατοχή· Νομή ἐστὶ φυγῇ δεσπόζοντος κατοχή.

§ 8.

Non è senza interesse per noi l'accennare come anche il diritto ecclesiastico dei Bizantini avesse accolto, in ordine al possesso, dapprima la teorica romana e poi la bizantina con qualche modificazione.

Ne daremo pochi esempi, che potrebbero però moltiplicarsi. Il § 1 del titolo *De Interdictis* delle Istituzioni è riprodotto nella *Collectio const. eccl.* (1); e il passo di Ulpiano al tit. 1, f. 1, Dig. 43, è ripetuto dal diacono Teodoro Balsamone nella sua celebre collezione (2), ove dice: *Etiam de sacris interdicta competunt* ecc.... Infine nella *Sinossi Maggiore* al n. 22 del tit. *Περὶ βίας*, ove come vedemmo son contenute tutte le leggi contro la violenza, dall'interdetto al provvedimento di Valentiniano, è stabilito che tali disposizioni saranno accresciute di una multa, trattandosi di cose ecclesiastiche. Ciò dimostra come tutto il complesso della teorica valesse anche per la Chiesa.

§ 9.

Un riassunto sistematico della dottrina possessoria dei Bizantini nel senso rigoroso della parola non è possibile, in causa delle grandi contraddizioni che esistono fra i diversi scrittori e spesso in un solo e medesimo autore. Tuttavia, tenendo conto

(1) VÖLLI et JUSTELLI. *Bib. iur. can.* II, p. 1309.

(2) Lib. II. *De dig. et int.* (VÖEL. et JUST. II, p. 1305).

specialmente di quella, che doveva essere la consuetudine forense, e fissandosi sui tre concetti intorno a cui si riaggruppa ogni teorica possessoria, cioè sul concetto della violenza, su quello della difesa contro la medesima, e infine sulla nozione del possesso in se considerato, ci pare che si possano con sufficiente sicurezza mettere innanzi queste conclusioni:

I. I Romani avevano della violenza un concetto multiforme, i Bizantini complesso. Questi di tutti i molteplici aspetti, secondo cui i Romani avevano considerata la violenza, non fecero che una sola nozione generale e comprensiva, e riunirono parimenti in una sola tutte le differenti definizioni, che quelli ne avevano date. Quindi il concetto della violenza nel diritto bizantino comprende in se tanto la coazione morale, che consiste nel *metus*, come la coazione fisica; tanto la violenza che prende forma di una semplice turbativa dello stato di fatto, come quella che consiste in una azione qualunque contraria alla volontà del proprietario, e come quella ancora che si manifesta sotto l'aspetto d'uno spoglio o di una deiezione dal possesso di un immobile.

II. Confuse le varie nozioni della violenza, le diverse azioni, che per ciascuna di esse i giureconsulti di Roma avevano immaginate, seguirono la medesima sorte. Tolta ogni differenza fra l'interdetto per gli immobili, le azioni pei mobili, e gli interdetti speciali per le servitù; uniti gli interdetti *recuperandæ* coi *retinendæ possessionis*; e conglobati alla lor volta gli interdetti con le altre azioni contro la violenza; tutti questi disparati elementi si fusero nel generale provvedimento di Valentiniano II.

Fu anzi questo energico e sommario provvedimento la forza determinante di tutte le trasformazioni nel concetto della violenza e delle difese contro la medesima; difese, che esso finì per compendiare tutte in se, sopportandone però alla sua volta in alcuni punti l'influenza.

Uno solo era ormai il concetto della violenza: *Bia*; uno del pari quello della difesa contro la violenza: *Περὶ βίας*.

Predominando in questa risultante di tante azioni disparate gli elementi penali, ed essendosi essa imperniata su di un prov-

vedimento di sua natura punitivo, ne venne che anch'essa ebbe per un pezzo aspetto di disposizione puramente penale. Ma gli elementi civili e possessorî vennero a poco a poco acquistando terreno, e per un lento lavoro della pratica forense, che si ispirava a concetti di opportunità e di equità, anche gli effetti penali del generale provvedimento furono ristretti entro l'anno dalla patita violenza. Per tal modo si faceva la dovuta parte nell'azione agli elementi civili e possessorî. Ma questa evoluzione non ebbe seguito.

L'azione *Περί βίας* inoltre, come quella che compendia in se tante distinte azioni, ne raccolse ancora le caratteristiche più spiccate; e di tale passaggio abbiamo a suo luogo segnati i punti più importanti.

La difesa del possesso contro ogni turbativa o spoglio è affidata all'azione *Περί βίας* esclusivamente; onde dalle regole di questa e dai suoi estremi si possono trarre anche per riguardo alla difesa del possesso questi principî essenziali:

a) È tutelato anche il nudo detentore.

b) Una sola e medesima azione compete per la turbativa e per lo spoglio tanto del possesso delle cose come di quello dei diritti. Infatti, sebbene questo principio non venga formulato dai Bizantini, esso è però contenuto virtualmente nella loro teorica. Nè essi, che con tanta disinvoltura avevano piegato per analogia ο *καθ' οίκονομίαν*, come dice Eustazio Romano, il provvedimento di Valentiniano a tanti e così disparati uffizi, si dovevano arrestare dinnanzi a questa ultima deduzione. Alla quale forse giunsero incoscientemente, come spinti dalla necessità della loro dottrina; il che potrebbe spiegare il motivo, per cui essi non ne fecero parola nei loro libri di diritto; se pure non ne è già una spiegazione sufficiente la loro povertà di ogni nozione generale e teorica.

c) Si può recuperare il possesso anche contro i terzi possessori di buona o di mala fede.

d) Si può recuperare la cosa coi frutti non solo entro l'anno, ma anche dopo.

III. La nozione, o, per meglio dire, la definizione del possesso, non tenne dietro a questi successivi svolgimenti della

dottrina. Accade qui ciò, che era già avvenuto a Roma, ove si aveva del possesso un concetto molto più ampio e progredito di quanto non dicesse la definizione del medesimo, che si conservava quale l'avevano tramandata gli antichi, senza cercare di porla in armonia coi progressi fatti dalla dottrina possessoria in generale. Nell'un caso e nell'altro ciò si spiega con la poca importanza che si dava alle nozioni puramente dottrinali, e per i Bizantini anche col decadimento degli studi giuridici. Per essi il concetto malleabile e comprensivo della violenza, e la non meno comprensiva azione contro la violenza, provvedevano ampiamente alla tutela di quegli stati di fatto, che più frequentemente si presentavano nella pratica; e non si diedero pensiero di altro.

Il solo passo che essi fecero per porre la definizione del possesso al corrente della dottrina, fu quando lo uguagliarono alla detenzione, dicendo: νομὴ ἐστὶ φυσικὴ κατοχή, e quando unicamente per l'*usucapione* richiesero la ψυχὴ δεσπόζοντος, il quale animo era, come vedemmo, omai considerato come un elemento esteriore del possesso al pari della buona fede e del giusto titolo.

Chi consideri l'opera dei Bizantini spassionatamente e da un punto di vista generale, più, come già dicemmo, avendo riguardo a quanto vorrebbe essere, che non a ciò che è in realtà, vedrà come essa, pur con i suoi numerosi e gravi errori, possa ritenersi fino a un certo punto come un passo innanzi nella evoluzione della teorica romana possessoria. Gli Orientali l'avevano ricevuta da Giustiniano, ma non avevano potuto farla senz'altro propria. Di qui il lungo e continuo sforzo per unificarla e per semplificarla, e quella tendenza incessante ed affannosa della dottrina, e specialmente della pratica, a ricercare il solo e vero rimedio, semplice e comprensivo, che valesse per tutti i casi e per tutti i bisogni. Il periodo della loro attività è periodo di grande confusione; ma è come il crogiuolo, ove per opera di continue azioni e reazioni si andavano elaborando i disparati elementi, da cui avrebbe dovuto sorgere la famosa unica azione.

Non riuscirono. Ma è notevole come essi avessero gli stessi intendimenti, e passassero anzi in alcuni punti per le stesse

fasi successive, per cui passarono di poi i Canonisti occidentali, i quali, come tutti sanno, giunsero a così compiuto risultato. Nel seguito del nostro lavoro avremo modo di meglio chiarire questo concetto. Per ora basti avvertire come una delle cause dell'insuccesso degl'Orientali fu l'essersi tenuti stretti ad un provvedimento troppo rigido e sterile, come era la legge di Valentiniano; mentre i Canonisti seppero in bel modo innestare sul tronco omai vecchio della dottrina romana un istituto giovane e fecondo, quale era l'*exceptio spolii*, che le infuse nuova energia e nuova vita.

Ad ogni modo, pur ammettendo che l'opera dei Bizantini non abbia avuto nessun seguito e nessuna importanza (1), non è chi non vegga quanto lo studio del tentativo di elaborazione dei materiali romani, che andò fallito in Oriente, ci possa servire per illustrare il processo di trasformazione di quei medesimi materiali, che ebbe in Occidente un esito felice, ma che è ancora oggidì circondato di molte tenebre e di molte incertezze.

(1) In questi ultimi anni è stata messa innanzi dallo Zachariæ von Lingenthal (*Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen — in Zeitsch. f. Sav. Stif.* VI, R. A., p. 1-55; e *Il D. romano nella bassa Italia e la scuola giuridica di Bologna — in Rendiconti del R. Istit. Lomb. S. II*, vol. XXIII, fasc. 18) l'ipotesi che mediante la dominazione dei Greci nell'Italia meridionale, le relazioni d'ufficio fra i patriarchi ecumenici e la curia romana, e in genere gli altri rapporti d'ogni specie fra l'oriente e l'occidente, il diritto bizantino abbia direttamente influito sul rinnovarsi degli studi giuridici in Italia. Quest'opinione ha però trovato degli oppositori. V. BRANDILEONE, *Il Diritto romano nell'Italia merid. sotto la domin. Normanna* (Archiv. giur. xxxvi, p. 66, not. 3).

CAPO II

Della Gewere.

§ 1.

Il diritto delle cose nelle sue molteplici manifestazioni, fra le quali trova posto la nozione del possesso, allorchè lo si consideri come fanno le genti primitive unicamente nel suo aspetto di azione materiale, si compendia presso gli antichi popoli germanici e ha il suo caposaldo nell'istituto della *gewere*; che dalla sua sede primitiva, cioè di Germania, passò con quelle genti in Francia ed in Italia. L'influenza, che esso dovette necessariamente esercitare sulla giurisprudenza italiana per rispetto al diritto delle cose, e più specialmente per rispetto alla dottrina possessoria, era stata fino a questi ultimi anni trascurata; cosicchè ancora il Bruns non tratta della *gewere* se non per dimostrare come ad essa si sia sovrapposta la teorica possessoria dei giuristi medievali Italiani, al tempo della recezione del diritto romano in Germania. Ma studî recenti hanno dimostrato quanta parte la *gewere*, prima di venirne soverchiata, abbia avuta nella formazione di quella teorica; ed è quindi sorta la necessità di dare almeno un cenno di tale importante istituto, prima ancora di addentrarci nello studio del diritto medioevale.

Intorno all'origine, allo svolgimento storico e specialmente poi intorno al concetto fondamentale della *gewere* (parola che corrisponde al latino *vestitura* o *investitura* e al francese *saisine*) furono messe innanzi le opinioni più disparate (1). Per

(1) Ne hanno fatta una accurata esposizione il Pertile (*Storia del Diritto italiano*, vol. iv, § 134, p. 164 e p. 168, not. 23), il Pais Passino (*Contributo alla storia del Possesso nel diritto italiano*. Sassari 1886, parte II, cap. II, § 3, p. 166).

non dire che delle principali e più caratteristiche, esse si potrebbero a nostro avviso raggruppare intorno a questi tre concetti:

a) Alcuni considerano la *gewere* essenzialmente dal punto di vista del processo, e della sua importanza processuale. Così l'Albrecht, il quale la definisce « il diritto all'azione reale (*dingliche Klagberechtigung*) », cioè la facoltà di difendere la cosa contro chiunque, facoltà, che compete a colui, il quale ne ha il possesso, o a colui, il quale, pur non avendone il possesso, gode però di un diritto certo sulla medesima (1). Così pure il Delbrück, il quale, considerando che il processo petitorio germanico vien deciso dal giuramento di una delle parti, e che il privilegio di dar la prova del proprio diritto col giuramento spetta appunto a colui che ha la *gewere*, conchiude che la *gewere* è il centro del diritto delle cose e la definisce la base del diritto di prova. Questo vantaggio è concesso non solo al possessore presente, ma anche al possessore più antico, il quale anzi vien preferito in concorso col primo (2).

b) Altri invece la considerano da un punto di vista affatto generico, cioè piuttosto come un nome comune a più istituti, che non come un istituto speciale. Tale è l'opinione del Gaupp, il quale crede che essa fosse una denominazione comune per il possesso e per ogni altro diritto sulle cose, tanto congiunto, come scompagnato dalla loro detenzione (3). Il Gerber, dopo aver considerato che nella vita medioevale della Germania, per quanto fossero in uso tutte le varietà dei rapporti del diritto delle cose, tali rapporti però non furono contraddistinti e riconosciuti teoricamente come istituti giuridici particolari, ma vennero considerati unicamente per rispetto alla forma, secondo cui essi si manifestano esternamente, cioè al dominio di fatto, che è appunto la *gewere*, definì quest'ultima: « la esterna giuridica caratteristica normale delle facoltà contenute nel diritto

(1) ALBRECHT, *Die Gewere*, § 4. Königsberg 1828.

(2) DELBRÜCK, *Die dingliche Klage des deutschen Rechts*, §§ 5-6. Leipzig 1857.

(3) GAUPP, *Zeitsch. für deut. Recht.*, I, 1839, p. 87.

delle cose (*äusere juristische Normalkennzeichen*) (1). Lo Schulte osserva come l'antico diritto tedesco, nel rapporto fra una persona ed una cosa corporale, considerava anzitutto ciò che più importava per la vita: e perciò, meglio che svolgere rigorose costruzioni di diritto, si atteggiò a seconda delle diverse forme della vita giuridica. Non si distinse quindi esattamente tra il fatto ed il diritto in ordine al rapporto della persona con la cosa; ma tutto il pernio del diritto delle cose riposava su di un fatto qualificato, che è appunto la *gewere*. La quale si deve perciò considerare non come uno speciale diritto, ma come il fatto di esercitare un diritto su di una cosa, o di goderne sia mediatamente, che immediatamente. Istituto non garantito dapprima, perchè non si reputava meritevole di tutela speciale un possesso non contenente il diritto (2).

c) Altri autori infine vorrebbero fare una cosa sola della *gewere* e del possesso. Tale modo di vedere, a cui già si erano avvicinati l'Eichhorn, il Breckenhöft ed altri (3), e che fino a un certo punto è pure quello degli autori, i quali, come il Brunner (4), danno alla *gewere* il significato di possesso e di diritto di possedere, ebbe il suo pieno svolgimento in Laband (5) ed in Heusler (6), seguiti poi dallo Stobbe (7). Per l'Heusler « Le due nozioni di possesso e di *gewere* non combaciano del tutto, benchè siano fra di loro molto più affini di quanto non ammetta l'opinione comune. Ma il posto, che nel sistema del diritto romano occupa la *possessio*, è coperto nel diritto tedesco dalla *gewere*; la teorica possessoria che il diritto romano ha

(1) GERBER, *System des deut. Privatrechts*, § 72, p. 198, Jena 1882.

(2) SCHULTE, *Lehrbuch der deut. Reichs- und Rechtsgeschichte*, § 146, p. 473. Stuttgart 1882.

(3) EICHORN, *Deut. Priv. R.* § 156; BRECKENHÖFT, *Zeitsch. f. deut. R.* III, 1; v, 133, da Pertile, *Storia del d. ital.*, IV, p. 168, not. 23.

(4) BRUNNER, *Gesch. und Quellen des deut. R.* § 20. Lo Stobbe ha in certo modo conciliata l'opinione del Brunner con quella dell'Heusler (*Handbuch des deut. Priv. R.*, vol. II, § 72, p. 12, not. 7).

(5) LABAND, *Die vermögens rechtlichen Klagen nach den Sächs. Rechtsquel. des Mittelalters*. Königsb. 1869, p. 158, segg.

(6) HEUSLER, *Die Gewere*. Weimar 1872.

(7) STOBBE, *Handbuch des deut. Privatrechts*, vol. II, § 72. Berlin 1882.

edificato sul suo possesso giuridico, si svolse nel diritto tedesco dal concetto della *gewere* (1)». Con molta cura questi autori ricercano e studiano le differenze che corrono fra la *possessio* romana e la *gewere* germanica; e concludono che non ostante tali differenze, l'una e l'altra non sono se non due forme diverse del medesimo istituto.

Il solo studio dell'origine storica e delle varie fasi, per cui passò l'istituto della *gewere*, potrà fornirci qualche criterio, che ci conduca, in mezzo a tanta divergenza di opinioni, a formarcene una idea chiara, specialmente per rispetto ai suoi rapporti con la *possessio* romana, e al modo con cui essa o direttamente o indirettamente veniva tutelata.

§ 2.

Il Merkel da prima e quindi il Sohm han sostenuto che l'istituto della investitura sia di origine franca (2). L'Hais, il Brunner, lo Stobbe, distinguendo fra la parola e l'istituto, sono d'opinione che quella sia propria delle genti franche, questo invece sia comune a tutti i popoli germanici (3). L'Heusler pensa che parola ed istituto appartengono senza distinzione ad ogni gente germanica (4).

Poco importa però a noi l'origine locale della investitura; assai più ci interessa la sua genesi come istituto per rispetto al sistema dell'antico diritto tedesco.

Secondo questo il trapasso della proprietà di un fondo da una persona in un'altra avveniva mediante due atti solennemente compiuti, cioè mediante:

a) la dichiarazione dell'alienante di voler trasmettere all'altro la proprietà della cosa che gli apparteneva (*sala, traditio*);

(1) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 59.

(2) MERKEL, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, II, p. 47; SOHM, *Fränkisches Recht und Römisches Recht*, p. 27.

(3) HAIS, *Traditio und Investitura*, p. 105, n. 1, p. 137 e scgg.; BRUNNER, *Zur Rechtsgesch. der röm. und germ. Urkunde*, I, p. 278; STOBBE, *Handbuch ecc.*, V, II, § 94, p. 186, not. 3.

(4) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 2.

b) l'effettiva immissione del compratore nel possesso del fondo (*gewere, investitura*).

I due atti negli inizi, sebbene fossero idealmente affatto distinti, tuttavia dovevano compiersi al tempo stesso e sul fondo, di cui si trattava (1).

Col tempo essi furono divisi. Il primo, per facilitare la conclusione dei contratti, si poté eseguire anche lontano dal fondo per mezzo di simboli, rimanendo però fermo l'obbligo di compiere il secondo sul medesimo, a fine di dare una effettiva esecuzione a quanto prima erasi pattuito, ossia di perfezionare la tradizione simbolica avvenuta (2).

In seguito anche per il secondo di questi due atti si immaginarono due forme simboliche, in virtù delle quali esso poté compiersi lontano dal fondo. Esse furono la trasmissione della proprietà *per cartam* e la *cessione processuale*. A dire il vero queste due forme ricondussero l'atto dell'alienazione alla sua primitiva unità, e fecero sì che potesse aver luogo senza bisogno di andar sul podere che si alienava.

La prima è dovuta all'influenza che il diritto romano volgare, in uso nelle provincie, esercitò sul diritto dei barbari (3). Il diritto romano volgare, fondandosi su alcuni casi speciali del diritto scritto, in cui la trasmissione della proprietà avveniva, o almeno si compieva, mediante la trasmissione del documento, ne fece una regola generale, e stabilì che la semplice consegna del titolo trasferisse la proprietà del fondo. Alla trasmissione della carta i Franchi unirono vari altri simboli, i quali consistevano per lo più nell'attaccare al documento un giunco, una coreggia, una moneta, ecc.; e per tal modo sorse presso di loro la forma di investitura simbolica *per cartam*.

(1) STOBEE, *Handbuch*, p. 185; BRUNNER, *Urkunde*, I, p. 273 segg.

(2) BRUNNER, *Urkunde*, p. 278; STOBEE, op. cit., p. 186.

(3) Fu il Brunner che primo pose in luce questo d. romano volgare, formatosi nella pratica accanto al d. classico, al modo stesso che un linguaggio latino volgare o rustico era sorto di fronte a quello del secolo di Augusto. Fu pure il Brunner che primo ne dimostrò l'importanza per rispetto al nostro argomento. *Urkunde*, p. 113 segg., p. 124 segg.

La *cessione processuale* avveniva in seguito ad una lite vera o finta fra venditore e compratore; questi chiedeva in tribunale come attore il fondo di cui si trattava, e il tribunale, dopo che l'alienante aveva dichiarato di cedere, glielo aggiudicava (1).

Fin qui però l'investitura tanto reale come simbolica è pur sempre un *atto*, e non uno *stato*, cioè una condizione di cose permanente.

Ma essa ebbe a subire nel tempo franco una radicale modificazione. « Chi è immesso nel possesso è *investitus*, *vestitus*, *gewert*. Bastano una lieve evoluzione e una lieve mutazione per giungere dalla espressione: *investitum esse*, alla forma: *in vestitura esse*; da: *gewert sein*, a: *in Geweren sein*. Allora *investitura* (*gewere*) non è più l'atto dell'immissione nel possesso, ma è lo stato di possesso, al modo stesso che anche *sala* significa tanto la tradizione come il diritto che ne deriva. L'epoca franca fornisce numerosi esempi di questo secondo significato di *gewere*, il quale più tardi acquistò la piena preponderanza.... (2) ».

Per tal modo *gewere* venne a significare l'esteriorità del diritto di proprietà; e di fronte a questo solo diritto essa si manifestò dapprima come posizione di fatto.

Ciò che aveva maggior importanza in questa posizione di fatto era l'uso della cosa, il suo godimento; per modo che presto l'investitura del proprietario si ridusse a una semplice investitura del censo, il quale rappresentava appunto il vantaggio che dal fondo poteva venire al proprietario (3).

A poco a poco, quando mercè l'influenza della Chiesa l'istituto del precario si estese nel regno franco, e la cosa avuta in precaria si trasmise di padre in figlio, si cominciò ad attribuire la *gewere* anche al precarista, appunto perchè anch'egli traeva un godimento dalla cosa.

E appunto in base a questo concetto dell'uso si vennero facendo sempre delle maggiori estensioni della *gewere*; cosicchè

(1) STOBBE, op. cit., p. 188.

(2) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 50.

(3) HEUSLER, p. 51 segg.

essa in ultimo si riscontrava presso chiunque a qualunque titolo, cioè in base a qualunque diritto, traesse qualche godimento dall'immobile. E siccome può darsi che al proprietario negato sia di godere della cosa (come quando la cosa è data a pegno), così in tali casi non è a lui riconosciuta nessuna *gewere*. Il godimento può trovarsi di fronte a situazioni giuridiche svariatissime; e a tutte quante corrisponde una *gewere* speciale come esercizio di fatto, come esteriorità di quei singoli diritti. L'organismo della società germanica comprende varie sfere, in ciascuna delle quali esiste un potere speciale sugli stabili, un diritto a goderne, e quindi una *gewere*. Al diritto nazionale (*Landrecht*) spetta la *gewere* del proprietario allodiale e del signore feudale; al diritto feudale (*Lenhrecht*) quella del vassallo; al diritto patrimoniale (*Hofrecht*) quella di chi paga il censo, cioè ha la cosa sia in precario o in beneficio, come in enfiteusi (1). E le loro rispettive *gewere* coesistono appunto perchè tutti e tre traggono godimento dal fondo; il signore feudale sotto forma delle prestazioni feudali, il vassallo sotto forma del censo che egli trae da chi ottenne da lui il fondo, e ne gode direttamente come precarista o enfiteuta. E non occorre l'*animus domini*, ma puramente l'animo di esercitare quei diritti, di fruire dell'immobile in base ad un titolo legittimo qualunque.

La *gewere* quindi, sebbene non corrisponda più al solo diritto di proprietà, si fonda pur sempre su di un diritto: non importa se questo esista in realtà o sia solo ipotetico. Essa è insomma la manifestazione esterna di un rapporto giuridico; e si compone di due essenziali elementi: uno di fatto ed uno di diritto.

Quanto abbiamo detto fin qui si riferisce esclusivamente agli immobili. Pei mobili non è riconosciuta una *gewere* indipendente dal fatto della detenzione. Non si potrà quindi dire con l'Albrecht e con l'Heusler (2), che chi ha la *gewere* su di un immobile, l'ha pure sui mobili in esso compresi; ma si dovrà

(1) HEUSLER, p. 121.

(2) ALBRECHT, *Die Gewere*, p. 19; HEUSLER, *Die Gewere*, p. 281.

dire invece che delle persone, le quali tutte possono avere la *gewere* sull'immobile, quella sola, che di fatto lo detiene, avrà pure la *gewere* quanto ai mobili (1). Per questi acquisto e perdita della *gewere* si confondono con acquisto e perdita della detenzione. In altre parole: il possesso val titolo; il fatto di detenere suppone il diritto di farlo. A questa regola si deroga solo nel caso che chi detiene sia tenuto da un obbligo contrattuale a dare la cosa, oppure nel caso che egli ne abbia spogliato chi agisce contro di lui.

§ 3.

La succinta esposizione dei principî fondamentali della *gewere* basta a nostro avviso per dimostrare anzitutto che la *gewere* non è un istituto unicamente processuale, ma che appartiene al diritto materiale; il che esclude senz'altro l'antica opinione dell'Albrecht e quelle che si aggirano nello stesso ordine di idee.

Senza entrare poi in troppo minute e lunghe disquisizioni circa la maggiore o minore attendibilità dell'opinione di chi considera la *gewere* da un punto di vista generico, o di chi la assimila al possesso romano; a noi pare che dalla stessa succinta esposizione si possano trarre queste due conseguenze, che in apparenza paiono contraddittorie:

a) La *gewere* presenta dei punti di sostanziale differenza col possesso romano.

b) La *gewere* tiene nel sistema del diritto germanico lo stesso posto che il possesso in quello del diritto romano.

Tanto la *gewere* come la *possessio* ci si presentano dapprima come stati di fatto contrapposti al solo diritto di proprietà; l'una e l'altra si estesero in seguito: la prima con maggiore facilità, la seconda più difficilmente. Ciò provenne dal diverso modo di apprezzare e di considerare il fatto materiale. Era nella stessa natura delle cose che si tenesse conto essenzialmente dell'uso, del godimento; e così avvenne di fatti tanto a Roma,

(1) STOBBE, p. 13, not. 8.

come provano le espressioni delle XII tavole « *usus auctoritas fundi* », « *usufructus* », ecc., quanto in Germania. Ma i Romani del godimento non cercarono altra ragione che quella del « *sedere* », e non abbandonarono più questo concetto; mentre i Germani risalirono all'origine del godimento, cioè all'investitura del medesimo. Quelli si accontentarono di una ragione di fatto, questi ne vollero una di diritto. I Romani non poterono, allegandone la impossibilità fisica, ammettere mai compossesso di più persone in solido; nè concedettero, se non assai tardi e con difficoltà, possesso ove non vi fosse detenzione della cosa; i Germani invece ammisero la *gewere* di più persone in solido, e quindi anche la *gewere* di chi non deteneva, poichè varie specie distinte di godimento potevano trarre da tutto un fondo più persone contemporaneamente, e nulla impediva che ciascuna ne fosse investita per proprio conto senza pregiudizio dell'altre. Ma la più importante differenza, proveniente da questa diversa concezione, fu che i Romani diedero subito al possesso una posizione affatto distinta dal diritto; essi gli concedettero degli effetti giuridici ed una protezione legale indipendentemente non solo dall'esistere o non del diritto, di cui esso appariva come la manifestazione, ma indipendentemente dall'idea stessa di tale diritto. Il possesso è considerato quale un istituto giuridico per se stesso, come fatto cioè, e non come mera esteriorità di un diritto. Per contro i Germani non protessero mai il fatto, indipendentemente dal diritto; prescinderono bensì dal suo esistere o non in realtà, ma non dall'idea del medesimo.

Le conseguenze di questo diverso modo di concepire lo stato di fatto di fronte al diritto sono molte e varie; principale fra tutte è la mancanza nel d. germanico di una azione speciale in difesa del possesso, almeno per gli immobili; poichè anche per rispetto alla protezione giudiziaria non si divide l'idea della *gewere* da quella del diritto.

Con tutto ciò, abbiamo detto, la *gewere* tiene nel sistema della giurisprudenza germanica lo stesso posto, che il possesso nel sistema romano. Non importa che, obbedendo all'influenza dei caratteri specifici della legislazione e della civiltà germanica, la *gewere* abbia nel suo svolgimento preso una fisionomia affatto

propria, e sostanzialmente in alcuni punti differente da quella del possesso; poichè anch'essa soddisfa, sebbene per via diversa ed in diversa misura, al bisogno, che ogni legislazione ha di dare al fatto materiale, all'esteriorità del diritto, degli effetti giuridici. Quelli attribuiti alla *gewere* avevano tratto essenzialmente alla posizione delle parti nel giudizio petitorio.

§ 4.

L'antico diritto germanico mancava di una propria ed indipendente difesa del possesso (1). Ciò per gli immobili. Quanto ai mobili, dato il concetto che del loro possesso si aveva, è chiaro che l'azione, con la quale chi contro la sua volontà ne aveva perduto la detenzione li richiedeva da colui che ingiustamente glieli aveva tolti, poteva benissimo apparire come possessoria, o detentoria, che dir si voglia. (2).

Chi aveva la *gewere* su di uno stabile godeva tuttavia di questi due vantaggi importantissimi, concessigli dalla legge.

Anzitutto la *deiectio* da lui sofferta non gli faceva perdere la *gewere*. La continuazione del possesso, non ostante che sia venuta a mancare la detenzione materiale, che nel sistema del d. romano costituiva una irregolarità ed una finzione giuridica, appare affatto consentanea invece al concetto germanico della *gewere*, la quale faceva, come si disse, astrazione dal fatto di detenere. Continuando chi fu investito ad aver egli, e non lo spogliatore, la *gewere* sul fondo, continuava pure egli a godere dei vantaggi giuridici, che dalla medesima provenivano.

Questi vantaggi consistono essenzialmente nel poter respingere ogni attacco mosso alla *gewere*, e nella qualità di convenuto, a cui la *gewere* dà diritto nelle contestazioni giudiziarie relative agli stabili. Di questo secondo privilegio specialmente si valevano i possessori deietti.

Secondo la procedura germanica le azioni non sono dirette contro il detentore, come secondo la romana, ma contro colui

(1) HEUSLER, *Inst. des deut. Privatrechts*, v. II, § 85, p. 44. Leipzig 1886.

(2) STOBBE, p. 21; BRUNS, *Die Besitzklagen*, p. 229.

che ha la *gewere*. Inoltre il convenuto nel diritto romano rimane intieramente passivo; spetta all'attore l'onere di provare il suo diritto. Secondo le leggi germaniche per contro il dare la prova del diritto non costituisce un onere, ma un beneficio, un privilegio, riservato al convenuto, che è appunto colui al quale spetta la *gewere*. Egli è ammesso a dare la prova della legittimità del suo possesso, e talvolta basta per ciò il suo giuramento. Onde egli ha molta maggiore probabilità di conservare lo stabile, che non l'attore.

È quindi della massima importanza, allorchè nasce una controversia intorno ad uno stabile, il determinare a chi spetti la *gewere*, e conseguentemente a chi tocchi il vantaggio della prova. La ricerca che a ciò tende, e il relativo procedimento, hanno molti elementi di simiglianza coi veri procedimenti possessorii. Tuttavia i Germani non distinsero nettamente questa prima fase dal giudizio sul merito; onde molti elementi petitorî si infiltravano allorchè si dibatteva la questione: a quale delle due parti spetta la *gewere*.

Di questa speciale procedura germanica, che appunto perchè fa luogo ad alcuni elementi petitorî si scosta dalla procedura interdittale romana, si volle vedere una traccia in seguito nel *Iudicium ordinarium* dei Canonisti.

CAPO III

La difesa del possesso in Occidente.

§ 1.

Per quanto la dottrina romana possessoria non sia venuta meno in Occidente sotto la dominazione dei Barbari; non potè tuttavia conservarsi intatta in mezzo al decadere di ogni coltura e di fronte alle idee giuridiche dei dominatori, le quali in materia di possesso procedevano da principî affatto diversi dai romani. Quali essi fossero, vedemmo. Per ora basti ricordare che al diritto tedesco fu sconosciuta la distinzione fra il dominio giuridico e il dominio di fatto sulla cosa; per modo che a questo non si accordò nessuna difesa, nè penale nè civile, propria ed indipendente. Dal cozzo di elementi così disparati non si poteva in un periodo di decadenza assorgere alla costruzione di un nuovo sistema, che insieme armonicamente li contemperasse; cosicchè non fu per una lunga serie d'anni che un prevalere alterno degli uni o degli altri. Segnare a grandi linee e senza la pretesa di fare uno studio compiuto (poichè non lo potremmo in tanta scarsezza di materiali e poco d'altra parte se ne avvantaggierebbe il nostro lavoro) le tenui tracce della dottrina possessoria romana, tanto nella legislazione, come nella giurisprudenza del primo Medioevo: ecco lo scopo di questo breve capitolo (1).

L'Editto di Teodorico contiene al cap. x (2) la legge contro la privata violenza.

(1) Per rispetto alle tracce della *gewere* e delle idee germaniche in genere durante lo stesso periodo, vedi HEUSLER, *Die Gewere*, lib. I, cap. II, § 5.

(2) PADELLETI, *Fontes Iur. Ital.*, p. 4.

Il cap. x stabilisce che la stima, da pagarsi dallo spogliatore, non vada a chi patì la violenza, ma al fisco. E ciò perchè i compilatori dell'Editto avevano innanzi agli occhi la legge secondo la redazione del Codice Teodosiano, ove essa mira essenzialmente a punire gli invasori delle cose del fisco (1).

Il che non ha però grande importanza per rispetto alla sua funzione recuperatoria.

Al cap. 75 dell'editto è stabilito che « Qui etiam armatis hominibus, ferro, fuste, lapide, de possessione quemquam, domo, villa expulerit, expugnaverit, obsederit, clauserit ecc., ad violentiae poenam, quae est superius adscripta, teneatur ». Cioè: quella speciale violenza qualificata, che un giorno dava luogo all'interdetto *De Vi armata*, ora è punita con la legge contro la privata violenza; poichè è ad esso che evidentemente si fa richiamo nel capo 75. Il che in ultima analisi equivale ad un assorbimento completo dell'interdetto *De vi armata* per opera della legge di Valentiniano. Del resto già si è dimostrato in altra sede del nostro lavoro come la legge suddetta dovesse necessariamente toglier di mezzo l'interdetto *De vi armata*; e già si vide in che modo di fronte a tale necessità si sian comportati i giureconsulti giustiniani.

Il cap. 76 finalmente dispone: « Illi res occupata per violentiam, intra annum momenti iure, salva proprietatis causa, reddetur, qui eandem rem, quam alterius praesumptione perdidit, nec violenter, nec abscondite, nec precario possidet ». Si tratta qui esclusivamente dell'interdetto *De Vi non armata* o *quotidiana*; come è dimostrato, oltre che dal complesso della disposizione, anche dalla clausola *intra annum* e dalla espres-

(1) Valentiniano stesso per tutto il testo della sua legge non si occupa che di coloro che si appropriano « rem privatam vestram », nel qual caso è logico che la stima vada al fisco; e in fine aggiunge semplicemente, come vedemmo, « quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali Lege sancimus », senza dire che si debba fare in questo caso. Giustiniano invece nel generalizzare la disposizione dice che il violento « non solum eam (rem) possidentibus reddat, verum etiam aestimatiorem restituere compellatur ». Nelle Istituzioni poi ordina espressamente che il tutto debba darsi *vim passu*, a colui che patì la violenza; e così fanno pure i testi bizantini.

sione *momenti iure*, che nel linguaggio giuridico occidentale significa « diritto di possesso », e finalmente dall'accenno all'*exceptio vitii*, che era propria di tale interdetto. L'Editto quindi in questo punto si tien fedele a quanto dicevano le Sentenze di Paolo e le Istituzioni di Gaio.

Ora ci pare che a proposito di questa disposizione gli autori, che se ne sono occupati, l'abbiano fatto senza dare alla cosa tutta l'importanza che si meritava.

Il Savigny, che del resto è quegli che più si tenne nel vero, dopo aver sostenuto nel testo (1) che l'essere nei libri Giustinianeî stata eliminata dall' interdetto *De vi* l'*exceptio vitii* è dovuto, non all'ignoranza di Triboniano nè ad altre simili cause, ma alle leggi contro la privata violenza (le quali, togliendo ogni importanza al *ius possessionis* preesistente allo spoglio, sul quale appunto si basava la suddetta eccezione, operarono implicitamente quella trasformazione dell'interdetto, senza che fosse necessaria per ciò una disposizione legislativa speciale), aggiunge in una nota alla sesta edizione (2) queste parole: « Si potrebbe forse obbiettare che nell'Editto di Teodorico al capo 76 l'interdetto venga enunciato con l'eccezione, e che pure a quell'epoca le leggi che proibiscono di farsi giustizia di propria mano erano già conosciute. Ma è facile il vedere che i redattori sconsiderati dell'Editto non hanno fatto il ragionamento giustissimo, che aveva colpite le menti dei giureconsulti di Giustiniano ».

Il Bruns va più oltre. Nota che la legge di Valentiniano è accolta nell'Editto, che la qualifica come un *decretum iustum atque legitimum*; ed aggiunge: « Malgrado questo speciale rispetto che si aveva per la legge, si era per altro tanto spensierati da rinnovare al cap. 76 la disposizione dell'antico diritto romano, secondo cui il deietto ha diritto all'azione solo quando egli non abbia posseduto viziosamente dall'avversario (3) ». Più

(1) SAVIGNY, *Il Possesso* (trad. Stædtler), p. 435, § 40.

(2) » » » p. 435, not. 1.

(3) BRUNS, *Das Recht des Besitzes* ecc..., p. 99.

sotto fa lo stesso appunto al Breviario dei Visigoti. E infine rinnova l'accusa di sconsideratezza contro l'autore del Brachilogo sempre per lo stesso motivo (1).

Quanto alla colpa che il Bruns fa ai compilatori dell'Editto ed ai giuristi posteriori, di aver rinnovata (*wiederholen*) quella massima dell'antico diritto romano, si deve anzitutto osservare che probabilmente essi non rinnovarono nulla, ma non fecero altro che attenersi ad un principio il quale non era stato ancora abrogato nè da un disposto legislativo nè dalla pratica forense. Le collezioni di Giustiniano vennero assai dopo l'Editto. So bene che il Bruns è d'avviso che tutte le modificazioni delle difese interdittali, le quali ebbero la loro sanzione nei libri giustiniani, siano opera della prassi anteriore a Giustiniano; ma, pur accettando in generale la sua ipotesi, il fatto che tutti i libri giuridici dell'Occidente non si scostino per riguardo all'interdetto *De vi* da Paolo e da Gaio proverebbe ad ogni modo che la sua trasformazione era un nuovo portato della prassi orientale e non della occidentale.

Le parole di Savigny poi ci paiono una conseguenza del suo preconceito, secondo cui la legge contro la ragion fattasi dovrebbe considerarsi come un qualche cosa di così intimamente connesso, quasi già nell'intenzione del legislatore, con l'interdetto *Unde Vi*, da essere regolato con le stesse norme, e da averne estesa l'applicazione ai mobili e modificate per necessità di sistema sostanzialmente le presupposizioni materiali. Si è dimostrato come almeno in teoria l'interdetto e la legge si

(1) Il PAIS-PASSINO, (*Contributo alla Storia del Possesso nel diritto italiano*, p. 145), dopo aver anch'egli osservato che l'Editto riconferma espressamente la legge di Valentiniano, aggiunge: « Ma pare che questa legge siasi voluta limitare al caso, in cui il deietto non possedesse viziosamente, poichè in un altro capo dell'Editto si stabilisce che la cosa occupata per violenza debba restituirsi a colui che, *nec violenter, nec abscondite, nec precario possidet* ».

Ora non è punto vero che siasi voluto limitare con l'*exceptio vitii* la legge contro la violenza privata; poichè, pur prescindendo dalla considerazione che ciò ripugnerebbe assolutamente all'indole della disposizione sopracitata, è evidente che il capo 10, ove sta la legge, non ha nulla a che fare col 76, ove è enunciata l'eccezione ed ove è pure contenuto l'interdetto *De Vi non armata*, al quale quindi tale eccezione è esclusivamente aggiunta.

svolgano in campi affatto distinti. Per ciò il fatto, che in Occidente i libri di diritto continuino ad accogliere l'eccezione non ostante la conoscenza delle leggi contro la privata violenza, serve anzitutto a dimostrare che l'essere l'eccezione stata esclusa dai libri giustinianeî è dovuto, come a causa prossima ed effettiva, non solo alla legge di Valentiniano, ma anche al modo speciale con cui i giuristi orientali risolsero le difficoltà e le disarmonie sopravvenute nelle difese del possesso dopo la sua promulgazione, cioè alla fusione del *De Vi quotidiana* e del *De Vi armata* in un solo interdetto, che tolse da quest'ultimo la particolarità di non ammettere l'*exceptio vitii*. Non ci sembra quindi che si possa dare la taccia di sconsiderati ai compilatori dell'Editto, perchè non hanno fatto il ragionamento che colpì i Bizantini, ed adottato lo stesso espediente.

Anzitutto essi non lasciarono passare inavvertita la necessità di coordinare il nuovo provvedimento con gli antichi interdetti; e se bisogna riconoscere che non vi provvedettero in modo così efficace e razionale come i giuristi di Giustiniano, non si può negare però che essi incominciarono col toglier di mezzo quella che era la discordanza maggiore. Infatti le leggi contro la privata violenza, più che non intaccare direttamente l'interdetto *De Vi non armata*, diminuivano l'importanza pratica del *De Vi armata*, poichè esse compievano, ma in modo più efficace e pronto, lo stesso ufficio, che quello aveva avuto nell'antico diritto romano. Perciò i compilatori dell'Editto lo tolsero di mezzo, provvedendo alle deliezioni armate con la nuova legge generale contro la violenza (come è detto dal cap. 75 dell'Editto), e lasciando invece intatto l'interdetto *De Vi quotidiana*, come rimedio civile. Ch'essi non ne mutarono per nulla il contenuto è provato anche dal fatto, che qui, a differenza dei libri giustinianeî, non è aggiunta la clausola, in cui si obbliga lo spogliatore a restituire dopo l'anno ciò che a lui pervenne.

Ora noi crediamo che il modificare il sistema dei rimedi recuperatori in conformità delle nuove leggi fosse opportuno, ma non necessario; dato che per molti anni, dacchè erano state emanate le leggi contro la privata violenza, si era continuato

in tale condizioni di cose; dato ancora che non era poi affatto illogico che in chi agiva in via civile si seguitassero a richiedere gli antichi più severi requisiti; e finalmente per la generale considerazione che anche in Oriente, non ostante le innovazioni introdotte, all'interdetto restava omai assai poca importanza pratica.

Dunque nei diritti occidentali continuò l'antico interdetto *De vi non armata*. Il *De Vi armata* invece più non compare come un interdetto proprio, perchè o se ne tace o della violenza armata si parla solo per rispetto alle leggi Giulie; il che ci induce a credere che anche nei libri di diritto, ove ciò non è come nell'Editto espressamente detto, lo si considerasse omai come surrogato dalle leggi contro la privata violenza. Forse anche non se ne parlò perchè la pratica lo aveva dimenticato.

Al dire di Cassiodoro (1), Atalarico avrebbe rinnovata, pieno di indignazione, la legge di Valentiniano troppo trascurata (*pesime neglecta*) contro coloro, « qui praedia urbana vel rustica, » despecto iuris ordine, per se suosque praesumpserint expulso » possessore violenter intrare ». Altre pene sono aggiunte a quelle già contenute nella legge.

La cura speciale, che i due monarchi Ostrogoti ne hanno, dimostra come essa rispondesse bene al bisogno, che in quel tempo di grande perturbazione sociale vivamente si sentiva, di una pronta repressione degli arbitrii dei privati. A ragione osserva il Nani che « all'epoca delle invasioni barbariche, uomini che alla forza del braccio piuttosto che all'autorità della legge erano inclinati ad affidare la difesa del diritto, non dovevano sentire soverchio scrupolo di impadronirsi arbitrariamente ed anche con la violenza delle cose proprie che fossero da altri ritenute (2) ».

Il *Breviarium Alaricianum* tolse dal Codice Teodosiano i titoli *Unde Vi* e *Ad legem Iuliam De vi*, e dalle Sentenze di

(1) CASSIOD., *Var.*, ix, 18.

(2) NANI, *Gli Statuti di Pietro II conte di Savoia*. (Dalla Mem. della R. Acc. delle scienze di Torino, serie II, tom. 32), p. 30.

Paolo il titolo *De Interdictis*. Anche qui, come di ragione, si ammette l'*exceptio vitii* (1).

Invece la *Lex romana* dei Burgundi (2) al num. 1 del tit. VIII *De violentiis* riproduce il disposto delle due prime costituzioni del Cod. Teod. *Ad legem Iuliam* (3), in cui si condanna il violento invasore della cosa altrui alla pena capitale, e al n. 2 fa espressamente richiamo alla costituzione di Costantino, terza dello stesso tit. del Cod. Teod., la quale stabilisce dovere il violento invasore della cosa propria cederne la metà al fisco: *fisci viribus*. Coordinando fra di loro i due numeri, appare come in questa legge non si faccia altro che risalire ad una delle più antiche forme, per cui è passata la disposizione contro la privata violenza. Anche qui, come già ci è occorso di osservare nello studio del diritto bizantino, invece di accogliere la legge nella sua ultima e più elaborata redazione, si risale a una forma, di gran lunga meno perfetta, ma più rispondente al bisogno di una severa difesa del possesso (4).

Nei documenti legislativi, di cui abbiamo sopra toccato, il potere delle tradizioni giuridiche romane è ancora tanto, da vincere la contraria influenza della invadente consuetudine germanica, e da far adottare anche dal legislatore barbarico una difesa del possesso indipendente da quella della proprietà. Ma la consuetudine germanica non tarda ad imporsi; e le tracce della dottrina possessoria romana si fanno così tenui, che si poté dubitare della loro esistenza. Questo predominio delle idee giuridiche germaniche è rappresentato in Italia dalla legislazione longobarda, e fuori d'Italia da tutte le leggi emanate in quel torno di tempo, quali sono, per non dire di altre, la *Lex Ri-*

(1) *Lex Romana Wisigoth.*, ed. Hænel., p. 130.

(2) *Lex Romana Burgund.*, Pertz, Leg. T. III.

(3) *Cod. Theod.*, IX, 10.

(4) Il Bruns (p. 100) dal fatto che nella Legge dei Burgundi sono ricordate le leggi Giulie conchiude che essi avevano adottato l'interdetto *U. V.* nella forma conosciuta; ma, pur prescindendo dal silenzio della loro legge, il non aver essi accolto la legge di Valentiniano nella sua ultima redazione dimostrerebbe a nostro avviso che non avevano adottato l'interdetto.

buaria o la *Lex Baiuvariorum* (1). Non direi con lo Zöpfl (2), prendendo a base il disposto di quest'ultima legge, che anche nel diritto germanico è ammessa una azione contro lo spoglio per se considerato, simile all'*actio spoli* del diritto medievale; poichè una differenza sostanziale intercede fra le due azioni. La *Lex Baiuv.* e tutte le leggi dello stesso genere ordinano bensì all'invasore o allo spogliatore di restituire la cosa, spesso pagando ancora una multa; ma gli riconoscono al tempo stesso il diritto di liberarsi da tale obbligo rivendicandola come sua. Adunque non si tratta di una vera azione possessoria, come è quella dei canonisti, ma di un provvedimento penale più o meno severo contro colui che, dopo commessa la violenta spogliazione, non possa dimostrare il suo diritto. La questione possessoria e petitoria sono qui perfettamente confuse (3); e non ogni spoglio, ma solo quello commesso *malo ordine*, cioè senza diritto, può essere fondamento dell'azione (4).

Più disposizioni contro la ragion fattasi si incontrano nella legislazione longobarda (5), la quale, per quella minuziosa casistica che è tutta propria delle leggi primitive, ne considera le varie specie e le varie forme separatamente, tenendo però sempre fermo il concetto che debba venir colpito solamente colui, che *suum probare non potuerit* (6). La più compiuta e generale di tali disposizioni è quella contenuta nel capo 148 di Liutprando, da cui molto bene scaturisce il concetto dell'azione contro lo spoglio proprio del diritto germanico:

(1) *Lex Ribuaria*, LIX, 8, ediz. Sohm., Hannoveræ 1883, p. 87; *Lex Baiuv.*, tit. XVII, cap. 1 e 2, ediz. Gengler, p. 374.

(2) ZÖPFL, *Deut. Rechtsgesch.*, vol. I, § 102, p. 155.

(3) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 103; BRUNS, *Das Recht ecc.*, p. 285.

(4) BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess*, vol. I, § 24, p. 54.

(5) Roth. c. 151 (PADELLETTI, *Fontes*, p. 71). Le ultime parole di questo capo sono tolte da una Costituzione di Giustiniano (Cod. VIII-IV, l. 11, § 1), ove è detto: *omnes autem scire debent quod non suum est*. Vedi p. 44; BRUNS, op. cit., p. 101; DEL GIUDICE, *Le traccie del diritto romano nell'editto longobardico*. Rendiconti dell'Istit. Lombardo, serie II, vol. XIX, 1886, p. 569.

(6) Roth. c. 354, 355, 356, 357 (*Fontes*, p. 156); c. 379 (*Fontes*, p. 169). *Liutpr.* c. 46 (XVII), c. 47 (XVIII) (*Fontes*, p. 210); c. 90 (VII) (*Fontes*, p. 239); c. 150 (VIII) (*Fontes*, p. 279).

« Si quis ex sua auctoritate terra aliena sini puplico wifa-
» verit (abbia occupata), dicendo quod sua debeat esse, et postea
» non potuerit provare quod sua sit, componat solidos sex, quo-
» modo qui palo in terra aliena figit (1) ».

Il diritto longobardo non abbandonò mai in questa materia il punto di vista prettamente germanico; non così la legislazione dei capitolari. Una vera difesa del possesso in linea penale si incontra in un capitolare del 787 di Pipino, in cui è la disposizione seguente:

« Ut nullus alteri præsumat res suas aut alia causa sine iudicium tollere aut invadere; et qui hoc facere presumpserit, ad partem nostram bannum nostrum componat (2) ».

I Giureconsulti Pavesi credevano che in questa legge si dovessero riferire le parole *res suas*, ad *alteri* e non a *nullus* (3). Potrebbe con ciò parere che l'invasore della cosa propria dovesse andare impunito; nel qual caso il capitolare di Pipino non segnerebbe punto un progresso sulla precedente legislazione. Ma così non è; poichè gli stessi Giureconsulti di Pavia osservavano che anche in tale ipotesi le cose si consideravano non dell'invasore, ma del deietto, pel solo fatto che questi le possedeva: « ipsius qui eas possidet esse tamdiu intelliguntur, quamdiu exinde per iudicium expulsus fuerit (4) ».

Con ciò si accordò veramente « protezione al possesso, indipendentemente dal diritto, e persino contro il diritto (5) ».

Re Guido confermò ed ampliò il principio sancito da Pipino in un caso speciale, in cui ordinò che colui, il quale compera una cosa sapendo che il venditore ne aveva ingiustamente spogliato altrui, non ne possa acquistare o ritenere il possesso, sotto pena di perdere ogni suo diritto sulla medesima, e di pagare il banno regio: « si quis ipsas (res) sine lege invaserit,

(1) *Liutpr. c. 148* (vi) (*Fontes*, p. 278).

(2) *Capitularia Regum Francorum*, ed. Boretius (*Mon. Germ. Hist. Leg.*, tom. i); *Pippini Capit. Papiense*, cap. 14, pag. 200. — PADELETTI, *Fontes*, *Capit. Pippini*, cap. 23 (24), p. 373.

(3) *Expositio ad Capit. Wid.*, cap. 5, § 8

(4) *Expos. ad Capit. Pip.*, cap. 23. Vedi NANI, op. cit., p. 31, not. 105.

(5) PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. iv, p. 169.

» non solum ipsas res amittat, sed insuper bannum nostrum componat (1) ». Per quanto nel suo complesso questa disposizione conservi ancora assai vive le tracce del processo di rivendicazione germanico, essa contiene però un vero rimedio possessorio.

Molte e sottili questioni facevano a questo punto i Giureconsulti Pavesi per stabilire in ognuno dei numerosi casi che si potevano presentare la posizione del venditore, del compratore e dell'attore. A noi preme solo constatare come in ogni ipotesi, tanto cioè che la cosa sia ancora a mani del venditore, come a mani del compratore, tanto ancora nel caso che questi sia in mala fede, come nel caso ch'esso sia in buona fede, la cosa tolta deve essere anzitutto restituita al possessore (2). Considerando ancora la questione dal punto di vista puramente possessorio, è notevole come la condizione del venditore sia bensì da questa legge regolata secondo le norme longobardiche, ma per contro al compratore venga applicato il disposto di Valentiniano; onde l'*Expositio* a questo punto osserva: « notandum est, quod » lex de primo invasore (venditore) Romanam legem debilitat » et legem Longobardam affirmat; de secondo vero invasore (compratore) legem R. affirmat, et L. infirmat (3) ».

Questa è una prova della grande autorità di cui godeva il noto provvedimento contro la ragion fattasi.

Un'osservazione di grande importanza è questa: che anche colui il quale non aveva commesso lo spoglio, ma era succeduto *spolii conscius* allo spogliatore, doveva restituire la cosa ed esser sottoposto alla perdita del diritto e al pagamento del banno. Chi consideri che la legislazione statutaria del secondo Medioevo si ricollega in questa materia alle leggi longobarde (4), e che anzi Federico II le ricorda nelle sue celebri costituzioni (5), vedrà come in questo capitolare di Guido sia forse da porre la prima

(1) *Capit. Widonis*, cap. 5 (*Fontes*, p. 429).

(2) *Summa Legis Longobardorum*, lib. I, cap. xx, *De invasionibus*; ed. Anschütz, p. 37.

(3) *Exp. ad Capit. Wid.*, c. 5, § 3.

(4) NANI, op. cit. p. 31.

(5) Vedi Parte VI, cap. I, § 1.

origine del principio, che anche contro il terzo possessore non autore dello spoglio possa esser intentata l'azione possessoria, principio, il quale fu accolto generalmente nella pratica giuridica medioevale (1).

Riassumendo, ci pare di poter affermare che la tutela del possesso riposava nelle legislazioni di Occidente unicamente su rimedi di natura penale o affatto uguali o assai simili a quello noto contro la privata violenza.

§ 2.

Questa conclusione rimane ferma, anche se dalla legislazione passiamo a considerare la confusa pratica forense e la povera tradizione scientifica occidentale del primo Medioevo.

Ecco alcuni dati raccolti qua e là; i quali, se bene assai incompiuti, potranno tuttavia rischiararci a sufficienza l'oscuro cammino.

Nell'anno 752 in una lite fra il vescovo di Arezzo e quello di Siena il primo si riferisce alla legge di Valentiniano (2).

Nell'anno 806 in una lite possessoria fra l'ufficiale regio e il monastero di S. Bartolomeo quegli vinse e fu investito del possesso dopo averne dato la prova per testimoni, non ostante che il secondo si difendesse producendo i documenti del proprio diritto (3). Nettamente è in questa lite distinta la questione possessoria dalla petitoria, poichè esse vengono trattate e decise separatamente (4).

La legge di Valentiniano si trova nella *Collectio Anselmo dedicata* (5) e nei Capitolari di Benedetto Levita (6).

(1) PERTILE, loc. cit.

(2) SAVIGNY, *Geschichte des R. R. im Mitt. ecc.*, II, p. 226; BRUNS, op. cit., p. 101.

(3) MURATORI, *Ant. It.*, I, 973; PERTILE, vol. IV, p. 171, not. 5.

(4) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 101 e segg.

(5) *Coll. Ans. ded.*, 7, 35.

(6) Lib. II (Libellus VI) c. 161-353. In entrambi i capi, dopo disposto che lo spogliatore « si causam meliorem habuerit, ipsam causam, de qua agitur perdat », si aggiunge « si vero illud invadit, quod per iudicium obtinere

Nella *Lex Romana canonice compta* è riprodotto dal Cod. Giustiniano il titolo *Unde Vi* (1).

Il Decreto di Ivone copia quasi letteralmente quanto è scritto nei due capitolari di Benedetto Levita contenenti la legge contro la privata violenza (2). È pure ricordata la legge di Costantino sugli invasori dei confini altrui, che si informa allo stesso principio (3). Ma tanto nel *Decretum* come nella *Panormia* si insiste piuttosto su di un provvedimento delle leggi civili, che condannerebbe il violento nè più nè meno che a restituire l'*undecuplum*. Lo stesso provvedimento era di già ricordato nelle *False decretali* (4).

Nella causa di Incmaro di Rheims contro Incmaro Laudunense suo nipote, agitatasi nel 872 nel *Concilio Duziacense*, è fatto un largo uso della legge contro la privata violenza, e si cita a tal proposito il Codice Teodosiano (5).

Nella *Summa Perusina* tutto il titolo *Unde Vi* del Codice Giustiniano è del pari riassunto. È notevole qui che nel compendiare la legge 11^a a favore degli assenti si dice che lo spogliatore dovrà restituire il doppio all'assente (*dupplum reddat*) (6). Ci è già occorso di vedere, trattando del diritto bizantino, come il disposto della legge di Valentiniano per rispetto all'invasore della cosa altrui venisse interpretato non più come un obbligo di restituire la cosa e la stima, ma il doppio (τὸ διπλοῦν). Che anche la *Summa Perusina* intenda di richiamarsi alla legge sulla privata violenza è dimostrato, oltre che dal fatto che nessun altro provvedimento potrebbe prestarsi a tale interpreta-

potuit (*potuerit* secondo il c. 353), *et causam amittat ed aliud tantum quantum invasit reddat expulso*. È evidente che primi di quel « *potuit* o *potuerit* » bisogna mettere un *non*. Il decreto di Ivone nel riprodurre questo capo ripete anche l'errore.

(1) MAASSEN, *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts*, Gratz, 1871, vol. I, p. 888.

(2) *Decretum Ivonis*, xvi pars, cap. 310.

(3) *Id.*, cap. 324.

(4) *Decret.* Ps. Isid., ep. II Eusebii, cap. XIII (Hinschius, p. 237).

(5) MANSI, *Concil. Coll.*, tom. xv, col. 447 (*Responsa Episcoporum*).

(6) *Iustiniani Codicis Summa Perusina*, ad lib. VIII, 4 (HEIMBACH, Ἀνέκδοτα, tom. II, p. 127).

zione, anche dal trovarsi la stessa espressione nelle *Petri Exceptiones*, e in questo caso riferita in modo non dubbio alla legge di Valentiniano.

Nelle *Petri Exceptiones*, dopo avere al cap. 2 del lib. III, *De rapina mobilis rei*, trattato dell'*actio vi bonorum raptorum*, si osserva, come già nelle Istituzioni, che se non vi è dolo malo colui che tolse violentemente una cosa « *si sua est, amittat eam, si aliena, eam et aliam similem reddat* ».

Al cap. 11 dello stesso libro, intitolato: *De invasione immobilium rerum*, è detto: « Si quis domum vel aliquam rem immobilem violenter invaserit, si sua est, amittat eam; si sua non est, in *duplum restituet* idest eam et ei similem sub *æstimatione pretii* (1) ».

È evidente il passaggio dal pagamento della cosa e della stima, a quello della cosa e di un'altra simile, e infine al pagamento del doppio di quanto fu tolto.

Non è inutile l'osservare anche qui l'affinità esistente almeno nella terminologia con le fonti bizantine dello stesso tempo. Il che molto probabilmente non è dovuto soltanto al caso (2).

Nell'*Epitome Exactis Regibus* è parafrasato il passo delle Istituzioni di Giustiniano, relativo all'interdetto *U. V.*, nè manca l'accento alle più severe costituzioni imperiali riguardanti lo spoglio (3).

L'*Expositio* alla legge sopracitata di Guido contrappone al disposto della medesima quello della legge romana. Legge romana per gli scrittori dell'*Expositio* è unicamente la legge di Valentiniano, di cui parlano in termini tali, da dimostrare assai chiaramente che essi la consideravano come il principale, anzi il solo rimedio possessorio a loro pervenuto dal diritto romano (4).

(1) *Petri Exceptiones*. SAVIGNY, Storia del d. rom. nel M. E., vol. II.

(2) Il TAMASSIA in un suo recentissimo lavoro (*Bologna e le scuole imperiali di diritto*, § 5. Archiv. Giurid. XI, fasc. 3-4) ha sostenuto che la *Summa Perusina* fu condotta su qualcuno dei tanti *syntagma greci* del Codice (p. 266), e che le *Exceptiones Petri*, per quanto compilate in Francia, molto hanno tolto da quei vecchi *encheiridia romano-greci*, che colà gli studenti avevano importati d'Italia (p. 269).

(3) *Epitome Exactis Regibus*, IX. §§ 79, 82; ediz. Courat, Berlin 1884.

(4) *Exposit. ad Capit. Wid.*, cap. 5. (*Fontes*, p. 429).

Il libello di Pietro Crasso del 1080 ci dà, meglio degli esempi che potremmo ancora addurre, la misura dell'importanza che la legge di Valentiniano aveva acquistata nella vita giuridica del primo Medio Evo, dimostrandoci, come essa omai si applicasse non più ai soli rapporti di diritto privato, ma a quelli di diritto pubblico. Infatti egli così redarguisce i Sassoni invasori:

« Ad hæc, Saxones, tandem vos cum præceptore vestro ipsæ »
 » leges vocant ad iudicium, ut reddatis regi (Henrico IV) ra- »
 » tionem de invasione regni. Audite tandem, quod scriptum est »
 » in octavo libro codicis: Si quis in tantam furoris etc.... Quid »
 » ergo Saxones! Intellexistis invasionem possessionis regni red- »
 » dere debere et æstimationem, idest tantum, quantum regnum »
 » valet (1) ».

Il *Brachylogus* contiene al titolo *De Rapina* (2) la legge di Valentiniano, e al titolo *De Interdictis* (3) un accenno all'interdetto *Unde Vi*, a cui è aggiunta la clausola: « in hoc interdito nihil aliud quæritur, nisi si possessor, qui vi expulsus »
 » est, ab eo, qui expulit, neque vi, neque clam, neque precario »
 » possidebat ». Finalmente al titolo *De Traditione et Possessione* ecc. (4) il possesso viene così definito: *Possessio vero est corporalis rei detentio*.

Definizione, la quale è perfettamente uguale a quella delle fonti bizantine, che abbiamo esaminata a suo luogo. Qui è evidente ed innegabile l'influenza del d. greco, la quale si potè esercitare fin dal tempo della dominazione dei Greci in Italia, poichè la definizione citata si trova già in Teofilo. Azzone la riprodusse, e per mezzo di lui passò nella dottrina medioevale italiana (5).

L'*Unde Vi* e la legge di Valentiniano appaiono in molti documenti di tutto il periodo di tempo che precede il rifiorire della

(1) FICKER, *Urkunden zur Reichs-und Rechtsgeschichte Italiens*, n. 80 p. 123.

(2) Lib. III, tit. XXI, § 2.

(3) Lib. IV, tit. XXVIII, § 2 e 3.

(4) Lib. II, tit. VIII, § 2.

(5) Vedi parte IV, cap. I, § 1.

teorica possessoria per opera della Scuola di Bologna; come ad esempio in un *Libellus quærulius* indirizzato nel 1140 dai monaci di Grottaferrata ad Innocenzo II contro un tal Tolomeo, ove è detto:

« Omnia ista violenter ingressus, violente possessionis inva-
» sor ut predo tenetur, de quibus ad instar interdicto *Unde Vi*
» vel condictione ex le(ge, si quis in tantam furoris pervene-
» rit) audaciam et cetera, per quam non solum restituitur ipsa
» possessio, sed etiam possessionis estimatio.... »

« conquerimus de terra.... quam nobis abstulit ut restituere
» faciatis per actiones quibus violenta possessio repetitur (1) ».

L'Alibrandi (2) ha forse alquanto esagerato l'importanza di questo documento per rispetto alla conoscenza del diritto romano in quel periodo di tempo; poichè il proporre cumulativamente, come fa il citato libello, l'*Unde Vi* e la legge di Valentiniano dimostra, a nostro avviso, che si era ben lungi dall'avere una giusta idea del primo rimedio.

Del quale è fatta parola o in quei raffazzonamenti condotti con molta ignoranza sulle antiche fonti, onde nasce il sospetto che se ne trascrivessero materialmente le regole senza saperne apprezzar la portata; o qualche rara volta nei documenti giudiziarii, ma solo di passata, e in unione, come vedemmo, alla legge contro la privata violenza, con la quale molto probabilmente omai veniva confuso. Di questa per contro generale in tutti i paesi era la conoscenza e molto largo l'uso; cosicchè ci pare di poter anche qui concludere che omai essa era il solo rimedio applicato in realtà nelle questioni di sottrazione del possesso, in cui fossero interessati tanto laici come ecclesiastici; poichè i primi la trovavano riprodotta nelle sue linee essenziali e munita ancora di più severe sanzioni nelle leggi dei loro principi, e i secondi la incontravano in tutti i numerosi estratti di leggi romane, fatti ad uso della Chiesa.

(1) Studi e documenti di Storia e Diritto, anno VII (1886), p. 112.

(2) Id., anno VIII (1887) f. 3. ALIBRANDI, Osservazioni giuridiche sopra un ricorso dei monaci di Grottaferrata al pontef. Innoc. II.

the first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the
the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the
the eleventh is the fact that the
the twelfth is the fact that the
the thirteenth is the fact that the
the fourteenth is the fact that the
the fifteenth is the fact that the
the sixteenth is the fact that the
the seventeenth is the fact that the
the eighteenth is the fact that the
the nineteenth is the fact that the
the twentieth is the fact that the
the twenty-first is the fact that the
the twenty-second is the fact that the
the twenty-third is the fact that the
the twenty-fourth is the fact that the
the twenty-fifth is the fact that the
the twenty-sixth is the fact that the
the twenty-seventh is the fact that the
the twenty-eighth is the fact that the
the twenty-ninth is the fact that the
the thirtieth is the fact that the
the thirty-first is the fact that the
the thirty-second is the fact that the
the thirty-third is the fact that the
the thirty-fourth is the fact that the
the thirty-fifth is the fact that the
the thirty-sixth is the fact that the
the thirty-seventh is the fact that the
the thirty-eighth is the fact that the
the thirty-ninth is the fact that the
the fortieth is the fact that the
the forty-first is the fact that the
the forty-second is the fact that the
the forty-third is the fact that the
the forty-fourth is the fact that the
the forty-fifth is the fact that the
the forty-sixth is the fact that the
the forty-seventh is the fact that the
the forty-eighth is the fact that the
the forty-ninth is the fact that the
the fiftieth is the fact that the
the fifty-first is the fact that the
the fifty-second is the fact that the
the fifty-third is the fact that the
the fifty-fourth is the fact that the
the fifty-fifth is the fact that the
the fifty-sixth is the fact that the
the fifty-seventh is the fact that the
the fifty-eighth is the fact that the
the fifty-ninth is the fact that the
the sixtieth is the fact that the
the sixty-first is the fact that the
the sixty-second is the fact that the
the sixty-third is the fact that the
the sixty-fourth is the fact that the
the sixty-fifth is the fact that the
the sixty-sixth is the fact that the
the sixty-seventh is the fact that the
the sixty-eighth is the fact that the
the sixty-ninth is the fact that the
the seventieth is the fact that the
the seventy-first is the fact that the
the seventy-second is the fact that the
the seventy-third is the fact that the
the seventy-fourth is the fact that the
the seventy-fifth is the fact that the
the seventy-sixth is the fact that the
the seventy-seventh is the fact that the
the seventy-eighth is the fact that the
the seventy-ninth is the fact that the
the eightieth is the fact that the
the eighty-first is the fact that the
the eighty-second is the fact that the
the eighty-third is the fact that the
the eighty-fourth is the fact that the
the eighty-fifth is the fact that the
the eighty-sixth is the fact that the
the eighty-seventh is the fact that the
the eighty-eighth is the fact that the
the eighty-ninth is the fact that the
the ninetieth is the fact that the
the ninety-first is the fact that the
the ninety-second is the fact that the
the ninety-third is the fact that the
the ninety-fourth is the fact that the
the ninety-fifth is the fact that the
the ninety-sixth is the fact that the
the ninety-seventh is the fact that the
the ninety-eighth is the fact that the
the ninety-ninth is the fact that the
the hundredth is the fact that the

PARTE TERZA

L' EXCEPTIO SPOLII (*officium iudicis*)

Allorchè dal ricercare le sparse e deboli tracce della dottrina possessoria romana per mezzo ai compendiosi e poveri scritti, e alla pratica confusa e discordante del primo Medio Evo, si passa a studiare la grande rifioritura degli studi giuridici, che avvenne in Italia nella seconda metà del secolo decimo secondo, ci si presenta, per quanto concerne la materia del possesso e delle sue difese, accanto ai numerosi concetti d'origine germanica, un nuovo istituto, ignoto del pari al diritto romano come al germanico e proveniente dal diritto ecclesiastico, ove le sue tracce risalgono fino ai primi secoli della Chiesa. Per opera dei giuristi italiani della seconda metà del secolo XII questo istituto si fonde con quelli di origine romana e di origine germanica, e finisce per rinnovare e per riempire di sè tutta la materia possessoria.

È quindi necessario che noi ci rifacciamo indietro di alcuni secoli a studiare il sorgere e lo svolgersi di questo nuovo rimedio nella cerchia del diritto e della disciplina ecclesiastica anteriore alla seconda metà del secolo XII, per poter giustamente apprezzare la sua azione sul diritto e sulla pratica del secondo Medioevo. L'istituto, a cui abbiamo accennato, è l'*Exceptio spolii*.

Qui occorre subito un'avvertenza.

L'espressione *Exceptio spoli* non si incontra se non dopo il 1200; ed è negli scrittori Italiani, che essa ci appare da prima. Presso di loro il nome si adatta con tutta proprietà all'oggetto indicato, poichè si tratta realmente di una vera eccezione. Ma non si può tal nome adattare con uguale proprietà al nostro istituto per quel periodo della sua storia, che precede il secolo XIII, o almeno la seconda metà del XII, e ciò anzitutto perchè esso non si incontra mai nè nelle fonti, nè nei documenti anteriori, e specialmente poi perchè il nuovo rimedio non fu per tutto quel periodo più antico della sua storia una eccezione nel senso tecnico della parola. Il che avremo modo di dimostrare ampiamente fra poco. Tuttavia è invalsa l'usanza di attribuire la denominazione recente anche alla forma più antica dell'istituto; perchè i più fino ad ora lo hanno, senza far distinzione di epoche, considerato sempre come una vera eccezione; cosicchè anche noi siamo stati costretti ad accettarla per quanto impropria. Ma lo facciamo, avvertendo che il nome di *Exceptio* non ci deve trarre in inganno intorno alla vera natura del nuovo rimedio.

Di cui ecco, prescindendo per ora da ogni questione intorno ai suoi estremi, l'essenza:

Chi fu ingiustamente spogliato delle cose sue, e sia dai suoi spogliatori o da altri accusato, non può venir sottoposto a giudizio, se prima non gli sono integralmente restituite le cose tolte.

La creazione di questo istituto è dall'autore dell'Addizione iv ai Capitolari di Benedetto Levita e dallo Pseudo Isidoro attribuita al diritto civile (1). Ma nessuna traccia anzitutto se ne trova nei diritti laici anteriori; e d'altra parte essi si limitano a semplici affermazioni, e il solo esempio, che lo Pseudo Isidoro tenta di darne traendolo dall'*Historia ecclesiastica* di

(1) *Capitolari di Ben. Levita. Add. iv, cap. 5. Decretali Ps. Isidorianæ; Ep. Damasi ad Afros, cap. XIII* (ediz. Hinschius, p. 503); *Præf., cap. vi.* (Hinsch. p. 18, 19); *Steph., Ep. cap. vi* (Hinsch. p. 184); *Euseb., Ep. II, cap. XII* (Hinsch. p. 237); *Joan. I, Ep.* (Hinsch. p. 694); *Act. v Syn. sub Sym.* (Hinsch. p. 676); *Zephir. Ep. II, cap. XI* (Hinsch. p. 133), ecc....

Eusebio (1), cioè l'esempio della moglie accusata *pro castitate* dal marito, non prova nulla per rispetto al nostro argomento, come sarà dimostrato quando lo prenderemo ad esame. Del resto è troppo nota l'usanza dei falsificatori francesi del ix secolo di attribuire, spesso anche non in mala fede ma per poca conoscenza del diritto, alla legislazione secolare gli istituti più vantaggiosi al clero, perchè occorra spendervi attorno maggiori parole.

È adunque alla disciplina puramente ecclesiastica che noi dobbiamo restringere il nostro studio.

Dell'*Exceptio spoli* quindi studieremo i germi e le forme primitive nella storia e nella dottrina ecclesiastica dei primi secoli, lo svilupparsi ed allargarsi nelle opere dei falsificatori, l'applicazione pratica e il lento trasformarsi nei tre secoli che corrono dallo Pseudo Isidoro a Graziano, e in ultimo il consolidarsi, e l'assetto definitivo nel Decreto del monaco bolognese.

CAPO I

La disciplina ecclesiastica anteriore al IX secolo.

§ 1.

Per quanto concerne le origini dell'*Exceptio spoli*, è necessario ricercare anzitutto, se essa nel diritto ecclesiastico anteriore al nono secolo esistesse di già come vero istituto giuridico, secondo quanto affermano lo stesso Pseudo Isidoro e dopo di lui il Blasco e gli scrittori ecclesiastici in generale (2); oppure se non fu un frutto di quel largo lavoro di falsificazione operato sulle antiche fonti verso la metà di tale secolo nella

(1) *Dec. Ps.-Isid., Pref., cap. vi* (Hinsch. p. 184).

(2) BLASCUS, *De Collect. Canon. Isidori Mercatoris Comment.* Cap. viii, n. v. Neap. 1760.

Francia occidentale, e si debba quindi attribuirne la creazione allo Pseudo Isidoro, come pensa ad esempio il Goeche (1), o a qualche altro che appartenne a quel gruppo di falsificatori, come parrebbe pensare il Bruns (2).

Lo Pseudo Isidoro ed il Blasco citano, a sostegno della loro tesi, una serie di casi appartenenti alla storia ecclesiastica anteriore al secolo ix, in cui essi vedono una effettiva applicazione dell'*Exceptio spoli*.

Lo Pseudo Isidoro scrive, riferendosi alla nostra eccezione:

« Hæc omnes leges tam ecclesiasticæ quam et vulgares præcipiunt. Ait namque sanctus Leo in epistola Calcedoniensi » concilio missa.... Eadem et antiqui apostolici qui fuerunt ante » Synodum Nicenam sanxerunt. Eadem sinodus quæ habita est » in Lamsa (3) sub Valentiniano loquitur. Eadem plurimæ Romanæ synodi testantur, eadem papa Symmachus et ceteri » sancti patres sanxerunt (4) ».

E il Blasco afferma che nelle *False Decretali* fu stabilito: « ut Episcopi.... spoliati, vel eiecti, ante omnia sint restituendi, » ex principiis iuris civilis, quæ secuti fuerant Liberius Papa, » Synodus Lampsacena sub Damaso, Synodus Occidentalis sub » Innocentio, et Gregorius Magnus (5) ».

I casi, in cui fu fatto uso dell'eccezione di spoglio, sarebbero quindi, disposti in ordine cronologico ed eliminati quelli troppo vaghi citati dallo Pseudo Isidoro, i seguenti:

- 1° da Liberio papa,
- 2° nel Sinodo di Lampsaco sotto Damaso,
- 3° nel Sinodo occidentale sotto Innocenzo,
- 4° nel can. 84 di un Concilio africano,
- 5° da Leone Magno,
- 6° nella causa di papa Simmaco,
- 7° da Gregorio Magno.

(1) GOECKE, *De Exceptione spoli*. § I. Berolini, 1858.

(2) BRUNS, *Das Recht*.... p. 160.

(3) *Lasaco*, secondo altri manoscritti. (Hinsch. p. 16).

(4) *Præf.*, cap. vi. (Hinsch. p. 18-19).

(5) BLASCO, loc. cit.

Esaminiamoli partitamente:

1° Il Blasco tolse il primo esempio dalla Storia ecclesiastica di Teodoreto (1). Ivi è detto che, essendo stato S. Atanasio (2) condannato nel sinodo di Milano (355) col consenso di Costanzo imperatore, questi pretendeva che papa Liberio sottoscrivesse alla sentenza di condanna. Al che il pontefice si rifiutò, opponendo che il giudizio non era valido, e che quindi si doveva giudicare di nuovo regolarmente Atanasio, prima di condannarlo.

Il Blasco (3) compendia nel seguente modo le ragioni di Liberio: « Nullum de S. Atanasio iudicium ferri posse priusquam » et ipse, et alii episcopi (tre vescovi che non avevano come » Liberio voluto sottoscrivere alla sentenza e che eran stati » perciò esigliati) eieci in sedes suas restituantur ».

Ma così non stava la cosa. Anzitutto perchè Atanasio, sebbene fosse stato deposto, non fu cacciato se non un anno dopo la disputa soprariferita fra l'imperatore e il papa (4). In secondo luogo perchè questi non accenna in nessun punto alla necessità di una anteriore restituzione di Atanasio; ma si limita a chiedere un nuovo giudizio, considerando come invalido il primo. Inoltre il vescovo Epicteto, nel sostenere le ragioni dell'imperatore, accusa Liberio di tenersi sulla negativa, non per amor della fede o per difendere la regolarità dei giudizi ecclesiastici, ma per superchiare l'imperatore. Il che dimostra che il punto controverso da ambe le parti era la validità del primo giudizio, e non la restituzione di Atanasio.

L'esempio quindi non prova nulla per rispetto alla nostra questione.

2° Il secondo caso è tratto dalla *Historia tripartita* di Casiodoro e dalla *Historia ecclesiastica* di Sozomeno. L'uno e l'altro narrano come, avendo gli Ariani deposti ed esigliati col

(1) THEODORETUS, *Hist. eccl.* Lib. II, cap. 16. Taurin. 1748, p. 82, 83.

(2) E non nel sinodo di Sardica (343), come pensa Bruns, p. 132. Vedi GOECKE op. cit., p. 8, not. 10.

(3) Loc. cit., not. I.

(4) HEFELE, *Conciliengeschichte*. Tom. I, § 75, p. 636.

favore dell'imperatore Costanzo alcuni dei vescovi ortodossi, questi, radunatisi dopo morto l'imperatore in sinodo a Lamp-saco, stabilirono secondo Cassiodoro:

« Depositos autem ab eis, qui dissimilem patri filium assere-
 » bant, sedes proprias recipere. Si quis autem eos accusare
 » vellet, æquo hoc periculo sanciverunt, iudices esse decernentes
 » episcopos recte sapientes, et de vicinis provinciis in ecclesiam
 » convenientes ubi testes essent singulorum qui dicerentur op-
 » pressi (1) ».

Il che con diverse parole, ma con lo stesso senso era così ri-ferito da Sozomeno:

« Ut episcopi, qui depositi fuerant ab iis, qui dissimilem pa-
 » tri filium asserebant, sedes suas postliminio recuperarent,
 » quippe qui Ecclesiis suis iniuste spoliati fuissent. Quod si quis
 » eos accusare vellet, sub paris condemnationis periculo id age-
 » ret: iudices autem essent episcopi orthodoxi ecc.... (2) ».

È evidente come due siano le disposizioni prese dal sinodo: di cui una si riferisce alla pronta reintegrazione dei vescovi cacciati, l'altra al modo con cui dovranno in avvenire esser giudicati. Ma l'una e l'altra sono affatto indipendenti fra di loro; e i due passi non significano punto che i vescovi debbano esser reintegrati prima che tratti in giudizio. I falsificatori, che vol-lero loro dare tale significato, ne dovettero, come vedremo, mu-tare assai abilmente la dicitura.

Dunque neppur questo esempio fa al caso nostro.

3° Il terzo caso è tolto dalla vita di S. Giovanni Crisostomo scritta dal Palladio. Crisostomo, vescovo di Costantinopoli, ac-cusato di origenismo, fu nel sinodo di Calcedonia *ad quercum* (ἐπὶ ὄρῳ) deposto e dall'imperatore Arcadio esigliato (3). Ma que-sti, atterrito da un moto popolare, e più ancora da un terre-moto, che egli considerò come un castigo di Dio, lo richiamò tosto. Allora il popolo lo costrinse a riprendere le sue funzioni

(1) CASSIOD., *Hist. trip.*, lib. VII, cap. 12. Basilea 1535.

(2) *Sozom.*, *Hist. eccl.* lib. VI, 7. Vedi pure SOCRATES, *Hist. eccl.*, lib. III, cap. II e IV.

(3) HEFELE, *Conciliengeschichte*, § 115.

di vescovo (1). Ma i nemici suoi lo accusarono di aver violati i canoni quarto e dodicesimo del sinodo di Antiochia del 341, ove era ordinato che un vescovo il quale fosse stato deposto in un sinodo e quindi recuperasse la sede senza che ciò fosse stato ordinato da un altro sinodo, perdesse l'ufficio per sempre (2). Quindi radunato un nuovo sinodo Crisostomo fu una seconda volta deposto ed esigliato. Egli scrisse allora a papa Innocenzo, narrandogli la sua triste tragedia (χαλεπή τραγωδία) (3). Il papa radunò un sinodo, il quale, rifiutando come empî i canoni citati, dichiarò illecita la deposizione di Crisostomo. Onde mandò all'imperatore Arcadio un memoriale, ove era detto che si doveva giudicare in un nuovo sinodo Crisostomo, ma che questi non poteva esser sottoposto al nuovo giudizio, prima che gli fossero restituiti la sua chiesa e il suo ufficio; cosicchè spontaneamente si presentasse dinnanzi ai giudici:

Εἶχε δὲ τὸ ὑπομνηστικόν· μὴ δεῖν εἰσελθεῖν Ἰωάννην εἰς κλῆσιν, ἐὰν μὴ πρότερον ἀποκατασταθῇ αὐτῷ ἡτε ἐκκλησία καὶ ἡ κοινωνία, ἵν' εἰς μηδὲν ἔχων ὑπερτίθεται, ἀνθαίρετος εἰσέλθῃ εἰς τὸ συνέδριον (4).

Gli ambasciatori che recavano il memoriale furono imprigionati per via dai nemici di Crisostomo, che morì poco dopo in esiglio (5).

Qui si riscontrano esattamente i principii dell'*Exceptio spolii*.

Il Goecke, che lo deve ammettere, crede però che la pretesa dei padri occidentali per rispetto a Crisostomo si informasse non tanto alla convinzione di invocare una generale massima di diritto, quanto al loro sdegno per il modo speciale con cui Crisostomo era stato deposto, cioè per la sua condanna in base ai

(1) HEFELE, op. cit. sec. II, ved. ediz. p. 96.

(2) HEFELE, op. cit. vol. I, p. 514 e 517.

(3) MANSI, *Concil. Collect.*, tom. III, col. 1081-82.

(4) PALLADIUS, *Vita S. Joann. Chrysost.*, cap. 4.

(5) A ragione nota il Goecke (Op. cit. p. 10, not. 13) che il Bruns nell'opera sua a p. 134 riferisce questo esempio di Crisostomo con alcuni errori di fatto, abbastanza rilevanti; poichè non è punto vero che il memoriale sia stato spedito dopo la prima deposizione di Calcedonia, e che Arcadio abbia raccolto in seguito ad esso un nuovo sinodo, rifiutandosi però a reintegrare Crisostomo prima che venisse giudicato.

canoni d'Antiochia che essi ripudiavano e detestavano (1). A noi una tale spiegazione non pare ammissibile. La loro speciale avversione per i canoni di Antiochia li poteva spingere ad invereire con maggiore o minor violenza contro i padri di Costantinopoli, non ad architettare una massima di diritto abbastanza complessa come è quella da loro invocata. Si comprende del resto che essi abbiano delle dure parole di ripudio per i canoni di Antiochia; poichè senza di ciò non avrebbero potuto dimostrare che la deposizione di Crisostomo costituiva un ingiusto spoglio, il quale è appunto il principale estremo della invocata eccezione. D'altra parte è vero che essi mettono innanzi il principio senza riferirsi a nessuna disposizione di legge civile ed ecclesiastica, ed a nessun statuto; ma è vero del pari che lo affermano recisamente senza darne la più piccola motivazione o spiegazione, il che prova che esso era ben fermo nella convinzione di tutti, e almeno nella consuetudine, se non nella legge.

4° Il can. 87 Africano, tanto nella versione greca come nella latina, è redatto in modo molto ambiguo. A prima giunta parrebbe voler dire che un vescovo *Quodvultdeus* è accusato da un tale laico, che poi si rifiuta di presentarsi innanzi al tribunale dei vescovi. Questi allora privano il vescovo accusato della comunione, ma non dell'episcopato: « Nam adimi ei episcopatum, an » tequam causæ eius exitus appareret, nulli Christiano videri » iure potuisset (2) ». E infatti Bruns riferisce senz'altro questo esempio secondo tale lezione (3). Noi crediamo che si debba invece intendere nel senso che colui che non si presentò all'udienza fu il vescovo *Quodvultdeus* e non l'avversario. Anzitutto perchè, come ben osservò il Goecke (4), sarebbe stata una grande iniquità privarlo della comunione in caso di contumacia dell'avversario. In secondo luogo perchè nelle Decretali di Gregorio IX (5), ove è accolto questo canone, se ne corresse la dizione secondo il

(1) GOECKE, op. cit. p. 22.

(2) MANSI, C. C., tom. III, col. 785-786.

(3) BRUNS, p. 134.

(4) GOECKE, op. cit. p. 11, not. 14.

(5) c. I. X. *De iudiciis*, II, 1.

nostro modo di interpretare. E in fine specialmente perchè Ivone, nel riprodurre esattamente l'antica versione latina, vi pose però in testa questo sommario: « Quid agendum sit de episcopo qui causam suam in synodo agere renuerit (1) ». Il qual sommario dimostra chiaramente come egli intendesse di riferire il canone alla contumacia del vescovo e non a quella dell'avversario. Del resto nella famosissima causa di Incmaro arcivescovo Remense contro il nipote Incmaro, in cui questi fra l'altre cose era accusato di esser una volta fuggito dal sinodo che lo giudicava prima di aspettare la sentenza, i padri invocano appunto contro di lui il canone africano, dicendo: « Unde sacri canones Africani concilii de Quotvultdeo, qui antequam aut iudices electos expeteret, aut etiam in rationem contra conquirentem adversum se introisset, rationem subterfugiens discessit, decreverunt dicentes: De Quotvultdeo ecc.... ». Qui anch'essi riferiscono il canone perfettamente secondo la antica versione latina (2).

Comunque però si voglia leggere, esso non ha tratto al nostro argomento.

5° Leone Magno nell'epistola citata (3) non fa che ordinare al sinodo di Calcedonia di reintegrare alcuni vescovi spogliati, senza accennare a nessun susseguente giudizio.

6° Teodorico, essendo stato presso di lui accusato di più delitti papa Simmaco, lo privò del vescovado, che diede a reggere ad un visitatore, e raccolse un sinodo in Roma nel 501 perchè lo giudicasse. Il papa si presentò al sinodo e lo autorizzò a trattar la causa, dicendo però di sperare che il visitatore lo avrebbe senz'altro reintegrato nel suo ufficio e nelle cose sue, e che solo dopo tale reintegrazione e non prima sarebbe stato giudicato. « Sperans ut visitator, qui contra religionem, contra statuta veterum, vel contra regulas maiorum,

(1) Ivo, *Dec.*, v, cap. 297.

(2) MANSI, *C. C.*, tom. xv, col. 596.

(3) *S. Leonis Magni Epistolæ*, 93, cap. III, ediz. BALLERINI, tom. I, p. 1068; v, parte III, cap. III, § 1, ove il passo è riportato per intero, in causa del largo uso che ne fecero i falsificatori.

» a parte cleri vel ab aliquibus laicis fuerat postulatus, ex ordinatione antistitum, sicut decebat sanctum propositum, prima fronte cederet; et omnia quæ per suggestiones inimicorum suorum amiserat, potestati eius legaliter ab honorabili concilio redintegrarentur seu redderentur: et tanti loci præsul regulariter prius statui pristino redderetur; et tunc, non ante, veniret ad causam: et si ita recte videretur, accusantium propositionibus responderet ».

Il sinodo accolse favorevolmente le ragioni del papa, ma non così l'imperatore, che le respinse: « Digna res visa est maximo sacerdotum numero, quæ mereretur effectum: decernere tamen aliquid synodus sine regia notitia non præsumpsit. Sed suggestio iusta (ista) per legatorum negligentiam non meruit secundum vota responsum. Iussus est regis præceptionibus papa Symmachus ante patrimonii vel ecclesiarum (quas amiserat) receptionem, cum impugnatoribus suis in disceptatione configere, qui potestatis suæ privilegia, et quæ pro conscientiae (quantum iuste aestimamus) emendatione submisserat, nec hac voluit vice resumere (1) ».

Il Goecke cerca di sminuire l'importanza di questo esempio con una serie di osservazioni, che non possiamo accogliere, e che, come già nell'esempio soprariferito del sinodo occidentale, ci paiono una conseguenza del non aver tenuto ben distinte la questione teorica intorno alla esistenza stessa e all'ammissibilità dell'eccezione, e la questione pratica, che tende a determinare se nella fattispecie ricorrano i suoi estremi, cioè se vi fu realmente un ingiusto spoglio.

Egli osserva anche qui che il papa non fa richiamo a nessuna disposizione di legge (2); ed anche qui noi aggiungeremo che, pur ammettendo per ora la sua osservazione, non è men vero però che il pontefice mette innanzi la sua pretesa senza perdersi in troppe motivazioni, ma considerandola come cosa tanto conforme alle regole del diritto, da sperare che il visitatore ceda « prima fronte ».

(1) MANSI, *C. C.*, tom. VIII, col. 249; HARDUIN, *Concil. Coll.*, col. 967-968.

(2) GOECKE, *op. cit.* p. 18.

Il Goecke aggiunge che l'essere parsa la pretesa di Simmaco giusta solo al massimo numero dei sacerdoti e non a tutti, e il non aver essi osato deliberare senza prima informarne l'imperatore, dimostrano che l'eccezione di spoglio non era per anco entrata nel campo del diritto (1). Ma, pur prescindendo dalla considerazione, che il secondo di questi fatti è spiegato assai bene dalla anormalità del caso, trattandosi di giudicare il pontefice, e dalla deferenza del sinodo verso il principe che lo aveva costituito in tribunale, appare evidentemente dal resto degli atti conciliari, e specialmente dal libello apologetico, che Ebone scrisse in favore di Simmaco (2), come il rifiuto di alcuni dei prelati e il dubbio dell'intero concilio non versassero già intorno alla ammissibilità dei principî dell'*Exceptio spolii* astrattamente presi, ma bensì intorno alla seconda delle due questioni, a cui abbiamo sopra accennato; cioè intorno alla questione, se l'avere Teodorico dato un visitatore a Simmaco costituisse per questo una ingiusta spogliazione, o se non dovesse piuttosto considerarsi come un atto legittimo dell'autorità competente. Sulla pretesa di Simmaco, quanto alla reintegrazione di per se considerata, nessuna difficoltà sollevano i suoi avversarî, ma negano che esso si possa dire spogliato. « Visitatores, essi dicono, » et aliis episcopis ipse dedit, et iustum est ut facti sui lege » teneatur (3) ». Al che Ebone risponde che chi fa la legge non può senza suo volere esservi sottoposto: « Dico tamen, latorem » iuris definitionis suæ, nisi velit, terminis non includi: et nisi » princeps fastigii summa moderetur, frustra ad illud, quod de » derit, ius vocatur (4) ». Da questa botta e da questa risposta il Goecke trae una conseguenza secondo me del tutto inesatta. Dal fatto che Ennodio ammette esser lecita tale sospensione per mezzo di un visitatore quanto ai vescovi, egli conchiude che in quel tempo non competeva la nostra eccezione di diritto neppure ai vescovi (5). Mentre invece Ennodio volle dire sem-

(1) GOECKE, op. cit. p. 19.

(2) MANSI, C. C., tom. VIII, col. 271.

(3) Id., col. 283.

(4) MANSI, loc. cit., col. 284.

(5) GOECKE, op. cit., p. 21.

plicemente che se il ricevere un visitatore costituisce uno spoglio per il papa non lo è pei vescovi, a cui però non intese di negare in niun modo l'eccezione, qualora siano privati in qualunque altro modo ed ingiustamente delle cose loro.

7° L'ultimo esempio è tratto da alcune epistole di Gregorio Magno. Avendo il vescovo Natale di Salona privato del suo ufficio l'arcidiacono Onorato, questi ne fece richiamo al pontefice. Il quale scrisse allo stesso Natale, ai vescovi della Dalmazia, e ad un altro prelado, ordinando che Onorato fosse reintegrato nel suo ufficio, e che quindi il vescovo Natale gli spedisse una persona ben informata, che potesse sostener le sue parti a Roma, ove egli avrebbe fatto venir l'arcidiacono ed ove avrebbe giudicato della questione personalmente (1).

Il Goecke pretende che in questo caso non sia questione dell'*Exceptio spolii*, dicendo che qui lo spogliato e l'accusato sono due persone diverse. Egli suppone che il papa abbia posto il vescovo Natale in istato di accusa; ma, per quanto il pontefice si sia valso a riguardo suo di molto severe parole, così non è. Il papa, dopo aver stabilito che Onorato sia senza altro *restitutus in locum suum*, ordina a Natale: « *Instructam personam* » sub festinatione transmittit, quæ mihi hoc debere ex ratione » fieri suis possit allégationibus demonstrare ». D'altra parte aggiunge: « *Eundem namque Arcidiaconum ad nos venire decre-* » vimus »; e tutto ciò con lo scopo « *ut quidquid iustum, quid-* » quid omnipotenti deo placitum fuerit, cognitis assertionibus » partium decernamus ». Natale ripeterà e rinnoverà le sue accuse, Onorato le sue difese nel nuovo giudizio non più arbitrario, ma regolare innanzi al papa. Dal che appare che accusato e spogliato in questo caso sono una stessa persona.

Questo quindi crediamo di potere conchiudendo mettere in sodo, cioè che tre papi ad intervalli abbastanza lunghi di tempo formarono le loro pretese o le loro decisioni a quelli, che sono i principî fondamentali della eccezione di spoglio.

(1) *S. Gregorii Magni Epistolæ*, Antuerpiæ 1615, lib. II, indic. x. ep. XIV, XV, XVI.

§ 2.

Il Bruns (1), ed in seguito più diligentemente ed ampiamente il Goecke (2) hanno citato un certo numero di casi, in cui non si fece uso dell'eccezione quando se ne sarebbe invece sentita l'opportunità.

Intorno ad alcuni di essi mi sembra si debba fare qualche osservazione.

È necessario premettere, che nei tre esempi ricordati sopra la reintegrazione è domandata immediatamente dopo lo spoglio e molto vicino al giudizio. Ora noi comprendiamo benissimo che l'eccezione non si prescrive, e che quindi il tempo non ebbe più valore quando essa assunse una vera figura giuridica; ma nel suo formarsi il criterio del tempo dovette pesare assai. Si rifletta invero a quanto maggiori difficoltà ed ostilità si dovesse andare incontro per ottenere la reintegrazione allorchè lo spoglio era stato commesso da parecchi anni, quando cioè già altri aveva preso ad esercitare le funzioni dello spodestato, che non quando ancor si era sotto la viva impressione e nel turbamento prodotto dallo spoglio. Non altrimenti si potrebbe dire di altri criteri della stessa natura: quali il numero eccessivo degli spogliati (specialmente nei periodi di lotte religiose) e le condizioni peculiari dei paesi ove lo spoglio era avvenuto. Si comprende quindi che alcuna volta i pontefici stessi abbian potuto derogare per considerazioni di opportunità ad una regola, che non aveva ancora avuta una sanzione legislativa.

Dei casi citati dal Goecke, il primo, che si riferisce al sinodo di Antiochia del 341, è troppo antico, e non può invalidare gli esempi nostri, che sono di assai posteriori.

Il secondo, tratto da una lettera di Leone Magno (3), pare a me, e del resto al Goecke stesso, troppo incerto (4).

(1) BRUNS, op. cit. p. 136.

(2) GOECKE, op. cit. p. 14.

(3) LEONIS M., ep. 10, cap. III.

(4) GOECKE, op. cit. p. 14, not. 18.

Il quarto consiste in una disposizione di papa Agapeto, il quale, avendo un vescovo, condannato e cacciato da un sinodo, interposto appello alla Santa Sede, ordinò che gli venissero restituite bensì le cose sue proprie, ma che fosse sospeso dalla amministrazione delle ecclesiastiche fino alla decisione di appello. Ora parmi che esso non faccia al caso nostro; poichè il papa con l'ordine suo non contravveniva ai principî dell'eccezione di spoglio, dato che spoglio non esisteva, ma bensì al principio, secondo cui, interposto l'appello, non si deve dar esecuzione alla sentenza di prima istanza; principio che solo in seguito si venne intrecciando con quelli dell'eccezione nostra. Del resto il papa aveva per ciò senza dubbio delle ragioni speciali, trattandosi di un vescovo di non buona fama (1).

Ragioni dello stesso genere doveva avere anche papa Pelagio, da una cui epistola è tolto il quinto caso, ordinando che un ecclesiastico accusato di malversazioni fosse sospeso dalla amministrazione del patrimonio della chiesa durante il tempo in cui si raccoglievano gli elementi pel suo giudizio. Non è chi non vegga come qui si tratti di una misura di prudenza, che il papa, superiore supremo, poteva benissimo prendere, senza violare con ciò i principî dell'eccezione di spoglio (2).

Ai quali evidentemente non derogava neppure Adriano I, una cui lettera a Carlo Magno dà materia all'esempio ottavo, pregando il monarca non di giudicare, ma di assolvere e reintegrare un abate accusato e cacciato (3).

E neppure può servire alla tesi del Goeche il nono esempio; poichè l'arcivescovo Ebone, che parteggiando per Lotario aveva in compagnia d'altri vescovi deposto Lodovico il Pio, col fuggire all'appressarsi di costui rese impossibile qualsiasi spoglio ed autorizzò d'altra parte il monarca trionfante ad assicurarsi della sua persona col tenerlo chiuso in un monastero, finchè fosse raccolto il sinodo che doveva giudicarlo (4).

(1) MANSI, *Conc. Coll.*, tom. viii, col. 856.

(2) c. 9. C. iii, quæst. ii; *Coll. t. P.*, I, 54, 24.

(3) MANSI, *Conc. Coll.*, tom. xii, col. 796.

(4) FLODOARDUS, *Hist. eccl. Rhemensis*, II, 20.

Restano il terzo, il sesto, il settimo esempio.

Pulcheria, imperatrice d'Oriente, scrive a Leone Magno, che ella e suo marito Marciano avevano ordinato che i vescovi, i quali con Flaviano, morto frattanto in esilio, eran stati dal concilio di Efeso dell'agosto 449 (*Latrocinium Ephesinum*) deposti ed esigliati, fossero richiamati in patria e fossero, dopo che un sinodo a ciò raccolto ne avesse data l'approvazione, reintegrati nelle sedi loro. Leone non esige che prima gli spogliati siano reintegrati e poi giudicati, ma si adatta alla decisione imperiale, e si accontenta di raccomandare al sinodo di pronunziarsi in senso favorevole (1).

Qui soccorrono quelle considerazioni generali di opportunità, che abbiamo fatto precedere all'esame di questi casi. Ed anzi tutto il tempo, poichè la reintegrazione avrebbe dovuto aver luogo a più di un anno e mezzo di distanza dal momento dello spoglio; quindi il numero degli spodestati, abbastanza considerevole da poter portare un grave turbamento nella chiesa orientale; e principalmente poi la natura dei rapporti che correavano tra Leone e i monarchi di Costantinopoli, e tra il medesimo e gli antichi avversarî di Flaviano e del papa. Le grandi lotte per l'eresia di Eutiche volgevano alla conciliazione. Il papa ad istanza prima di Teodosio II e poi di Pulcheria e di Marciano aveva finito per comunicare ed amicarsi con Anatolio, nuovo vescovo di Costantinopoli, già apocrisario di Dioscoro vescovo di Alessandria, del persecutore cioè più acerrimo di Flaviano, nella cui sede appunto Anatolio era stato sostituito. Anatolio e i suoi d'altra parte avevano accolto la famosissima lettera di Leone a Flaviano. Il papa del resto procacciava con l'indulgenza di guadagnarsi i padri del concilio di Efeso e di staccarli da Eutiche; perchè con ciò vedeva crescere la sua autorità e poteva meglio colpire il capo dell'eresia, che fece appunto esigliare. È assai naturale quindi che egli si accomodasse alle proposte della regina senza accampare una pretesa, che avrebbe potuto dare un grave colpo al suo lavoro di conciliazione e

(1) *S. Leonis Magni Epistolæ* 77, 79, 83, 93, cap. III, Ediz. Ballerini T. I, p. 1027, 1033, 1045, 1068; HARDUIN, Tom. II, p. 43; MANSI, T. VI, col. 99 e seg.

scontentare il clero e la corte orientale. Del resto un fatto ci prova luminosamente questa sua disposizione d'animo, ed è che Leone prima ancora del concilio di Calcedonia comunicò con Massimo, sostituito dagli Eutichiani nell'episcopato di Antiochia a Domno, che era stato esigliato con Flaviano, ed a cui il concilio diede poi una pensione, la prima ricordata dalla storia ecclesiastica (1).

Tutto ciò spiega più che sufficientemente la deroga ai principî dell'eccezione di spoglio.

Gregorio Magno, saputa l'arbitraria spogliazione del vescovo Florenzo, ordina che sia regolarmente giudicato da un concilio di vescovi, e che, ove sia assolto, venga reintegrato.

Il vescovo Wilfrido, scacciato ed esigliato da re Alfredo perchè rifiutava di obbedire a Teodoro, vescovo di Cantorbery, è tratto in giudizio davanti ad un sinodo. Egli, per quanto si lagni d'essere stato fraudolentemente spogliato, non propone la eccezione. Condannato si appella a Roma, ove è assolto (3).

Questi due esempi sono senza dubbio di molta importanza. Si potrebbe forse osservare quanto al vescovo Wilfrido, che egli si trovava in Inghilterra, lungi cioè dalla immediata influenza della consuetudine ecclesiastica, e che era stato deposto dallo stesso monarca; ma resta pur sempre il caso del vescovo Florenzo, per cui non è dato fare nessuna ipotesi di tal genere.

Noi crediamo tuttavia che le due eccezioni non siano tali da invalidare le conseguenze, che dagli altri non dubbî esempi, di cui uno appartiene allo stesso papa Gregorio Magno, ci pare di poter trarre.

Si è detto diggià che nè dal sinodo occidentale, nè da papa Simmaco, nè da Gregorio Magno è invocata una vera disposizione di legge. Qualche serio dubbio a questo proposito potrebbe nascere dalla relazione dei vescovi del sinodo romano a Teodorico,

(1) HERGENRÖTHER, *Handbuch der allgemeinen Kirchengeschichte*, I, n. 149 e segg., p. 468 e segg.; HEFELE, *Conciliengeschichte*, II, §§ 178, 179, 180, 181, 182, ecc., p. 368 e segg.; BIANCHI-GIOVINI, *Storia dei Papi*, I, p. 402 e segg.

(2) *Gregorii Magni Epist.*, lib. II, ind. XI, ep. VIII e IX.

(3) EDDIUS, *Vita S. Wilfridi*, in GALE, *Hist. Brit. Sax. Anglodanicæ Script.* XV, cap. 44, 45, 49. GÖCKE, p. 17, not. 25.

ove, riferendo le parole di Simmaco, essi dicono: « *Auctoritatem synodi dedi: sicut habet ecclesiastica disciplina, restauratio- nem ecclesiarum regulariter poposci* (1) »; ma dal confronto di queste parole con gli atti del concilio, ove è scritto che Simmaco « *auctoritatem ordinis corrigendi, sicut poscebant ecclesiastica statuta, in omnium qui ibidem convenerant episcoporum præsentia, se dare professus est* », pretendendo però che « *tanti loci præsul regulariter prius statui pristino redderetur* (2) », appare come ad esse non si possa attribuire tutto quel valore, che a prima giunta sembrerebbero avere. Osserverei però che, se la trasposizione dei due punti dopo *sicut habet ecclesiastica disciplina*, in modo da dare a quelle parole lo stesso senso che hanno le prime del passo sopra riferito degli atti conciliari, mi pare ragionevole, non mi persuade egualmente l'accollamento che il Goecke vorrebbe fare di quel *regulariter* al sostantivo *restorationem* piuttosto che al verbo *proposci* (3). Tralascio tuttavia ogni disquisizione in proposito, poichè ci condurrebbe ad ogni modo a risultati troppo incerti.

Ma se nessuna statuizione speciale di legge è invocata, non si può dire però che si faccia appello unicamente all'equità. Ne è una prova, anche prescindendo dalla sicurezza con cui la reintegrazione è chiesta in tutti e tre i casi, il fatto, che essi affermano esplicitamente di fondarsi su un principio inconcusso di diritto. Gregorio Magno così motiva la sua decisione: « *Nos itaque nec nunc quidem a iustitiæ, quam præfatus antistes*

(1) MANSI, *Conc. Coll.*, tom. VIII, col. 256.

(2) MANSI, loc. cit., col. 249.

(3) GOECKE, op. cit. p. 24. Non posso poi assolutamente convenire col Goecke, allorchè (p. 25) pensa che i padri del Concilio avessero a bello studio mutate in tal modo le parole per scusarsi presso il re di aver ammessa la nostra eccezione, supponendo che sia appunto questa la falsità di cui, secondo quanto è detto nel libello apologetico di Ebone, gli avversari di Simmaco li accusavano. (MANSI, C. C. VIII, col. 279). Nel libello di Ebone è detto specificatamente di quale falsità si trattasse. Li accusavano di affermare bugiardamente che essi avevano fatta domanda al re di raccorre il sinodo: « *post hæc nos falsitatis arguitis, cur a principe, quæ in præfato negotio scripta sunt, dicimus postulata* » (MANSI, ibid., col. 279). Di ciò appunto li difende Ebone in seguito.

» despexit, semita deviamus (1) », e più precisamente ancora: « auctore Deo normam iustitiæ, postposita cuiuslibet personæ » acceptione, custodimus (2) ». Lo stesso pensiero emana dalle parole di Simmaco; poichè le frasi « potestati eius legaliter re- » dintegrarentur » e « regulariter redderentur », se non sono sufficienti a dimostrare che egli invocasse una espressa disposizione di legge, accennano però evidentemente ad un ben determinato principio giuridico. Quale esso fosse, è detto assai chiaramente dal libello di Ebone; che fonda la pretesa del papa ad essere prima reintegrato che giudicato sul principio, secondo cui l'esecuzione non deve precedere il giudizio. Egli vi insiste a più riprese:

« Ad hanc vos dementia malorum actuum per gradus suos » incrementa traxerunt, ut hoc credatis esse lacescere, quod » convincere? nec apud vos habeant a veritate differentiam odia, » quæ plerumque contra meritum impetiti, studiis non rationi, » obsequentia vota concinnant. Ubi est illud: Priusquam agnos- » cas, ne adiudices quemquam? (3) ».

« Quæ enim iudiciorum forma præcesserat, ut vobis hostiliter » disruptis, etiam per suggestionem vestram sublatis ecclesiæ » opibus, qui diu fuerat cibus esurientium, famis mancipium » videretur effectus? (4) ».

« Qualis habuit effici ex censura convictus, in quo causam » adiudicatio præcedebat? Non fuit privilegium, quo spoliari » potuit iam nudatus (5) ».

« Nunquam convenienti tempore censor adsciscitur, qui ad » decum pene negotium convocatur. Criminosi, etsi est, me-

(1) *Greg. Magn. Ep.*, xv.

(2) *Greg. Magn. Ep.*, xiv.

(3) *MANSI, Conc. Coll.*, tom. viii, col. 274.

(4) *MANSI*, loc. cit., col. 280. Su questo passo si fonda il Goecke (p. 23) per sostenere, che Ennodio difende la necessità della reintegrazione per rispetto alla dignità del pontefice; ma il senso evidente e generico di questo passo è: volete venire senza un previo giudizio regolare ad una conseguenza di tanta gravità, come è quella ecc.?

(5) *MANSI, C. C.*, viii, col. 281.

» ritum tollit accusator, qui in eo plus furori suo vult licere,
» quam iudici (1) ».

Si potrebbero citare ancora altri passi, se quelli ricordati non bastassero già di per se a determinare con tutta precisione a quale principio di diritto, e non solo di equità, il papa facesse richiamo.

§ 3.

Ed ora dobbiamo concludere col Bruns (2) e col Goecke (3) che, se l'idea dell'*exceptio spoli* non è estranea alla Chiesa prima del secolo nono, tuttavia essa non si può considerare come esistente quale un vero istituto giuridico (non ostante i casi in cui dei suoi principî si fece una esatta applicazione, poichè essi si spiegano a sufficienza con la generale massima, che l'esecuzione non deve precedere il giudizio); oppure ci è lecito ritenere l'*exceptio spoli* come avente già allora una esistenza propria e indipendente, se non nel diritto scritto, almeno nella consuetudine e nella tradizione della Chiesa? È bene avvertire come, se da una parte riesce molto difficile, avendo così pochi elementi di giudizio, il decidere se gli esempi sopra ricordati si debbano alla osservanza dello istituto speciale dell'*exceptio spoli*, o non semplicemente a quella della massima generale di diritto su cui l'eccezione si fonda, d'altra parte però la decisione nell'uno o nell'altro senso non ha una grande importanza per il nostro studio; poichè ben poco varia la posizione dei falsificatori francesi nel caso che essi, colpiti dalla casuale concordanza di varie decisioni ecclesiastiche intorno allo spoglio, ne avessero, senza aggiungere di proprio nessun elemento sostanziale, foggiate un vero istituto, dal caso invece in cui essi avessero dato forma stabile e sanzione legislativa ad un istituto che già esisteva, sebbene alquanto incerto e quasi allo stato latente, nella disciplina ecclesiastica anteriore. Non abbiamo bi-

(1) MANSI, loc. cit.

(2) BRUNS, op. cit. p. 136.

(3) GOECKE, op. cit. p. 26.

sogno di dire come le varie considerazioni, che abbiamo messe innanzi nel corso di questo studio, e quella inoltre che i falsificatori del secolo ix nulla o quasi nulla di sostanzialmente nuovo, come dimostreremo, ebbero ad aggiungere agli elementi, che già esistevano, ci facciano propendere per la seconda delle ipotesi sopra riferite.

La quale ci pare tanto più attendibile se, data la povertà dei documenti, si consideri la cosa da un punto di vista più generale. È infatti fuori dell'ordine normale delle cose che un uomo, od un gruppo d'uomini, possa, anche in tempi di straordinaria credulità ed ignoranza, creare quasi di punto in bianco e di sua iniziativa un istituto di diritto, e diffonderne subito ampiamente l'osservanza. Tanto più poi quando non si tratti solo di un provvedimento effimero e al tutto speciale, ma di un istituto complesso e di larga comprensione ed applicazione, come l'*exceptio spolii*.

È per contro affatto fra le cose possibili, e conformi alle risultanze degli studi sulla genesi del diritto, il fatto che un uomo, o un gruppo d'uomini, sotto lo sprone di un vivo bisogno od interesse, acceleri, se così posso dire, l'evoluzione di un istituto: compiendo in breve spazio l'opera iniziata da più secoli, e dando forma stabile e sicura a quanto prima era vago ed incerto. Con ciò si può spiegare molto agevolmente il fatto, che nell'ipotesi contraria riuscirebbe davvero incomprendibile, che l'*exceptio spolii* abbia avuto nello stesso secolo nono e in seguito una rapida e larga applicazione, senza sollevare disapprovazioni ed ostilità, che non avrebbero mancato di lasciare di se tracce nelle storie del tempo.

Alcuno potrà obiettare che dei già scarsi esempi, addotti dallo Ps. Isidoro, i più sono per nostra stessa confessione infondati ed inadeguati. Ma bisogna considerare che, se la critica storica ha reso a noi possibile di vagliare questi esempi e di metterli nella loro giusta luce, altrettanto non si può dire per i tempi dello Ps. Isidoro. È ormai assodato che per quanto riguarda l'Età di mezzo noi siamo in grado di conoscere il diritto dei singoli periodi e dei singoli paesi meglio non solo di quelli che vennero qualche tempo dopo, ma degli stessi contem-

poranei. Non è quindi improbabile che ai tempi dello Ps. Isidoro, e già nella dottrina ecclesiastica immediatamente a lui anteriore, quei fatti venissero interpretati nel modo da lui riferitoci, e foggianti ad esempi di applicazione dell'*exceptio spolii*. Questo cercare nell'antica disciplina degli addentellati per rianodarvi l'istituto, che si andava svolgendo, sarebbe una delle forme della sua elaborazione precedente quella dei falsificatori francesi.

Dato quindi che l'*exceptio spolii* già esistesse come vero istituto di diritto nella consuetudine anteriore al ix secolo, non sarà inopportuno delinearne sommariamente la figura giuridica, in base ai tre esempi noti. Il suo principio fondamentale ci è dato da Ebone: l'esecuzione non può precedere il giudizio.

Inoltre osserviamo che Simmaco vuole venir reintegrato non comunque, ma bensì: *legaliter ab honorabili concilio*; quindi egli propone bensì una vera eccezione, ma invoca al tempo stesso un provvedimento spettante all'autorità giudiziaria, un *officium iudicis*, secondo la frase dei pratici. Invece il sinodo occidentale impone ai padri di Costantinopoli di reintegrare Crisostomo prima di radunarsi nuovamente in sinodo, cioè prima che egli avesse modo di propor l'eccezione. Nello stesso senso suonano le parole della lettera di Gregorio Magno. Qui perciò non è più il caso di parlar di eccezione, ma esclusivamente di *officium iudicis* (1).

Osserviamo ancora che gli spogliati sono, in un caso il pontefice stesso, nell'altro un vescovo, nel terzo un arcidiacono. Il tutto del resto si mantiene strettamente nella cerchia della disciplina ecclesiastica; le cose della cui restituzione si tratta sono, in un caso: *patrimonium et ecclesias, ecclesiae opes*, nell'altro: *ecclesia et communio*, nell'ultimo l'amministrazione delle cose della chiesa; e finalmente la restituzione è chiesta

(1) Il caso citato dal Goecke a p. 25 e tratto dalla *Historia Francorum* di Gregorio Turonnense (*Mon. Germ. Hist. Script. Rer. Merov.* tom., I, pars I, p. 431) è perfettamente uguale a quello di Crisostomo. Infatti la reintegrazione è sollecitata non dallo spogliato, ma da altri in vece sua.

in base ad una spogliazione ingiusta, senza che sia fatta parola di una speciale violenza.

L'*exceptio spolii* adunque è già nella consuetudine ecclesiastica anteriore al ix secolo un rimedio processuale, avente forma di *officium iudicis*, fondato sul principio che l'esecuzione non deve precedere il giudizio, concesso a qualunque ecclesiastico, riguardante un complesso di cose e di diritti, e per lo più un ufficio, e causato da qualunque ingiusta privazione, senza bisogno che questa sia stata accompagnata da una violenza speciale.

CAPO II

Le collezioni ecclesiastiche falsificate.

§ 1.

Il diritto ecclesiastico subì verso la metà del nono secolo delle profonde modificazioni in virtù di un largo ed ingegnoso lavoro di falsificazione operato sulle antiche fonti.

Il processo di falsificazione consiste o nell'inventare intiere lettere di papi, che non esistettero mai, e deliberazioni di sinodi, di cui era rimasta la memoria ma non il testo, o semplicemente nel manipolare, unire e interpolare con un sottile lavoro di mosaico le antiche fonti genuine in modo da far loro dire quello, che non era mai stato nelle intenzioni dei primitivi scrittori.

Varie opere ne vennero fuori, miranti per vie diverse al medesimo scopo. Principali fra di esse sono le *Fulse Decretali* dello Pseudo Isidoro, da cui la grande questione intorno a tali falsificazioni prende il nome, i *Capitolari* di Benedetto Levita, e i *Capitoli* di Angilramno. Di minor conto, e da considerarsi piut-

tosto come semplici lavori di preparazione ai precedenti, sono gli *Acta Pontificum Cenomannensium* e i *Gesta Aldrici*, la cui importanza per rispetto alla questione pseudo-isidoriana fu dimostrata in un recente studio dal Simson (*Die Entstehung der Pseudo-Isidorischen Fälschungen in Le Mans*, Leipzig 1886); e infine una speciale redazione della Hispana Gallica, di cui sono rimaste tracce, oltre che nelle *False Decretali*, anche nel manoscritto Vaticano 1341, detto manoscritto di Autun. Infatti il Maassen in due recenti monografie (*Pseudoisidor-Studien*, I e II, Wien 1885) ha dimostrato come l'*Hispana Gallica* subì un apposito rimaneggiamento per servire di base alla raccolta dello Pseudo Isidoro.

Intorno alla falsità di tali collezioni oggidì non vi ha più chi dubiti (1). Molte questioni sono però ancora aperte, le quali si riaggruppano essenzialmente intorno alle Decretali dello Pseudo Isidoro, e riguardano: — la loro patria (2); — il tempo in cui

(1) Essa fu dimostrata quanto alle *False Decretali* in prima da Nicola de Cusa (*De concord. cathol.*, lib. III, c. 2), da Turrecremata (*Summa eccles.*, lib. II, cap. 101), in seguito da vari dotti di Francia e di Germania, fra cui i *Centuriatores Magdeburgenses* (*Eccl. hist.*, tom. II, cap. 7; e tom. III, cap. 7), e finalmente dal Blondell (*Pseudoisidorus et Turrianus vapulantes*, *Proleg.*) e dai fratelli Ballerini (*Ant. Can. Coll.*, part. III, cap. VI. Galland., tom. I, p. 528-558).

(2) Febronio, Theiner, Gibert, Eichhorn, ingannati dalle tendenze favorevoli alla Santa Sede, hanno sostenuto che le *False Decretali* furono compilate a Roma. Ma Blondell, i Ballerini, Knust, Walter ed altri han dimostrato che le *False Decretali* ebbero origine nel Regno Franco. Questa opinione fu accolta da tutti gli autori posteriori, i quali però non si accordano intorno a quale provincia della Francia si debba ritenere come patria delle medesime. Il più degli autori, quali il Goecke (op. cit. § 2), l'Hinschius (*Dec. Ps. Isid.*, § 23), il Richter (*Kirchenrecht*, § 39), il Phillips (*Kirchenrecht*, § 29), lo Schulte (*Kirchenrecht*, § 6), ecc., era d'opinione che esse fossero state compilate nella provincia di Rheims allo scopo di favorire il vescovo Ebone contro Incmaro. Ma secondo un'opinione, già presentita da vari autori, fra cui specialmente dal Roth (*Zeitsch. für. R. Gesch.*, v, 1866, p. 18), e recentemente sostenuta dal Simson nella monografia sopracitata, esse sarebbero venute alla luce nei pressi del vescovo Aldrico, cioè nel vescovado di Le Mans.

apparvero (1); — il loro autore (2); — la loro relazione con i Capitolari di Benedetto Levita e con i Capitoli di Angilramno; — il loro scopo e la loro influenza. Di queste, le due ultime ci interessano in modo speciale.

a) Secondo un'antica opinione (3) Benedetto Levita avrebbe avuto innanzi agli occhi la collezione dello Ps. Isidoro; e i Capitoli di Angilramno non sarebbero se non un estratto di quella

(1) Quanto al tempo l'Eichhorn e il Theiner sostenevano ch'esse si dovevano far risalire al secolo ottavo; ma oggidì tutti concordano nel ritenere le compilate intorno alla metà del secolo nono. Vi è discrepanza però circa l'anno, poichè alcuni, come il Walter (*Kirchenrecht*, vol. 1, § 97), ne pongono la compilazione fra l'840 e l'853, altri, come il Richter (*Kirchenrecht*, § 39, p. 107) e lo Schulte (*Kirchenrecht*, § 6, p. 18), dopo l'847, altri ancora, come l'Hinschius (*Dec. Ps. Isid.*, p. 201), tra l'851 e l'852, ecc.

(2) Nella prefazione della raccolta è detto: « *Isidorus Mercator servus Christi conseruo suo et parenti in domino fidei salutem* ». In un codice di Grenoble descritto dallo Schulte (*Iter Gallicum*, p. 369) è detto, invece di « *Isidorus* », « *Marius* ». Il nome di « *Peccator* » non si incontra nei manoscritti di prima mano.

Ma nel determinare chi sia questo *Isidorus Mercator* le opinioni degli autori variano d'anno in anno. Anche lasciando in disparte l'opinione dell'Eichhorn e del Theiner, che ne facevano autore un prelado appartenente alla curia romana, perchè omai da tutti abbandonata, restano le seguenti. Blondell (op. cit. p. 33), Knust (*Mon. German.*, iv, 2, p. 35), Walter (op. cit. § 97), Vering (*Lehrbuch*, § 17, n. 11) ed altri ne credono autore Benedetto Levita; altri il vescovo Riculfo di Mainz; Wasserscheleben (*Beiträge*, p. 64), Goecke (op. cit. p. 57) invece le attribuiscono a Otgaro vescovo di Magonza; Gfrörer (*Untersuchungen über Falsch. Dec.*, p. 66) a Wenilo di Sens e a Rothad di Soissons; Langen (in *Sybel Hist. Zeit.*, 1882, p. 473) a Servatus Lupus; altri infine al canonico Wulfado o al vescovo Aldrico di Le Mans, o allo stesso Ebone. Alcuni recenti autori, senza pretendere di determinare in tanta incertezza di dati chi sia veramente l'autore, si accontentano di attribuirle in genere ai chierici della diocesi di Rheims (Hinschius, op. cit., p. ccxxxv; Schulte, op. cit. p. 19), o a quelli che circondavano il vescovo Aldrico di Le Mans (Simson, op. cit.; Fournier, *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, n. 1, 1887, p. 70). Costoro poi si accordano nel riconoscere che le tre raccolte principali sono condotte su di un piano comune.

(3) Messa innanzi dai Ballerini (parte III, cap. vi, § 4) e seguita di poi dall'Eichhorn (*Ueber die Spanische Sammlung, Zeit. für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 11, p. 183), dallo Knust (*De font. Pseud. Isid. Coll.*, p. 11 e 15 e *M. Germ.*, leg. II, p. 19 append.), dallo Stobbe (*Gesch. der deut. Rechtsquellen*, I, p. 237).

parte delle *False Decretali*, che tratta delle accuse dei vescovi (1). Per tal modo l'opera di falsificazione si sarebbe effettuata senz'altro in tutta la sua ampiezza nella raccolta dello Ps. Isidoro, e gli altri due lavori dovrebbero considerarsi come semplici raffazzonamenti del precedente. Ma un'opinione affatto opposta si è venuta assodando in questi ultimi tempi. Si cominciò col sostenere che le tre opere non furono punto tolte l'una dall'altra, ma che i loro autori, uniti strettamente da interessi e propositi comuni, hanno attinto alla medesima fonte, la quale consisterebbe nei materiali di già raccolti e rimaneggiati per l'opera generale di falsificazione (2). Ma in seguito, senza punto negare che si possa aver attinto a materiali comuni già raccolti e rimaneggiati, si è però dimostrato che l'autore dei Capitoli di Angilramno si fondò sui Capitolari di Benedetto, e che l'autore delle *False Decretali* si valse di entrambe le raccolte (3). Alcuno poi penserebbe che l'Addizione

(1) Secondo gli stessi Ballerini, seguiti dal Walter, § 99, e da altri.

(2) È questa l'opinione del Goecke (op. cit., p. 40-43), il quale si fonda essenzialmente sulla osservazione delle diversità grandi di forma, che corrono fra alcune disposizioni dello Ps. Isidoro e le corrispondenti di Benedetto Levita e di Angilramno.

(3) L'aver ciò dimostrato è merito specialmente dell'*Hinschius*. Egli fece un minuzioso raffronto dei passi delle tre raccolte, che trattano gli stessi argomenti, ed ha dimostrato che i Capitolari di Benedetto e i Capitoli di Angilramno sono assai più strettamente uniti fra di loro, che non con le *False Decretali* (op. cit., p. CLXX). Quindi considerando: a) che lo Ps. Isidoro ha tutte le falsificazioni di Benedetto ed altre ancora; b) che lo Ps. Isidoro fa modificazioni più radicali ai passi già alterati da Benedetto; c) che lo Ps. Isidoro si vale in certi luoghi di più Capitolari in una volta non escludendo le loro intestazioni; conchiude che lo Ps. Isidoro si valse come di una fonte dell'opera di Benedetto (p. CXLIII). Osservando poi come alcuni passi si trovino nei *Capitula* di Angilramno secondo la versione di Benedetto e non secondo quella delle *False Decretali*, conchiude che l'autore dei *Capitula* si servì dei Capitolari, e che per conseguenza lo Ps. Isidoro attinse alla sua volta ad entrambe le fonti (p. CLXXX). Quest'opinione, almeno nelle sue linee generali ed essenziali, è accolta dai più oggidì (Richter, § 36, 37, 38, p. 85, 87, 89, 97; Schulte, § 6, p. 18, not. 3; Friedberg, p. 84). È vero che è ancora alquanto dubbia la posizione esatta da assegnarsi ai *Capitula* di Angilramno (Richter, p. 89); ma però i più si accordano nel vedere anche in essi un lavoro preparatorio delle *False Decretali*.

iv ai Capitolari di Benedetto, i Capitoli di Angilramno, e forse anche le stesse *False Decretali*, siano della stessa mano (1).

Perciò i Capitolari di Benedetto, i Capitoli di Angilramno, e le Decretali dello Pseudo Isidoro non sarebbero se non diverse fasi del processo di falsificazione, operato sugli stessi materiali (2). I due primi lavori sarebbero stati mandati innanzi nel pubblico per preparare il terreno alle più radicali e larghe innovazioni contenute nel terzo. E infatti parmi degno di nota che la raccolta di Benedetto, la quale si annunziava come un complemento della collezione dei Capitolari dell'abate Ansegiso, desse appunto l'appoggio del potere secolare alle pretese dei falsificatori; mentre dall'altra parte i *Capitula Angilramni* che si dicevano regalati fin dal 785 al vescovo di Metz da papa Adriano, davano a queste pretese il fondamento dell'antichità, e, quello che è più, le facevano discendere dalla stessa autorità del romano pontefice.

Non importa perciò che un solo sia il falsificatore o che siano più; questo unicamente è necessario tener fermo, che i *Capitularia* e i *Capitula* sono lavori preparatorii delle *False Decretali*, e che perciò vanno studiati prima della maggiore raccolta.

b) Nel determinare lo scopo e l'influenza delle tre raccolte, e specialmente delle *False Decretali*, gli autori si lasciarono un po' troppo dominare dalle idee confessionistiche o di partito. Poichè se è esagerato il dire, come fecero il Blondell, il Febronius, il Van Espen, l'Eichhorn, il Theiner, ecc., che esse abbiano pervertita radicalmente la disciplina allo scopo di innalzare la sede pontificia, non è però meno inesatto l'affermare che esse non vi abbiano introdotte delle modificazioni sostanziali, ma abbiano soltanto raccolto quanto intorno ad essa era già stato da molto tempo stabilito, per comodità del clero e dei laici, per vivificare lo spirito religioso, e purificare i costumi, come pensano il

(1) HINSCHIUS, op. cit., p. CLXXXII; FRANTZ, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, § 36. Göttingen 1887, p. 75, not. 4.

(2) SIMSON, *Die Entstehung der Pseudo-Isidorischen Fälschungen in Le Mans*. Leipzig 1886, p. 107.

Böhmer, il Möhler, il Walter, il Phillips, e in Francia il Tardif, il Viollet (1), il Fournier (2), ecc.... Lo studio appassionato e diligente delle opere dei falsificatori, dei documenti anteriori, delle condizioni storiche e giuridiche del tempo e del paese, in cui le famose raccolte ebbero la luce, considerate specialmente per rispetto al clero, hanno indotto i più recenti e, possiamo dire, i più autorevoli scrittori nella persuasione, che le *False Decretali* hanno per iscopo di migliorare la posizione giuridica dei vescovi, i quali appunto nella Francia Occidentale, in causa delle lotte fra Ludovico il Pio e Lotario, di cui molti vescovi avevano tenute le parti, si trovavano in molto precaria e difficile condizione (3). È vero che lo Pseudo Isidoro tocca di quasi tutta la disciplina; ma lo fa col solo fine di mettere in miglior luce alcuni punti, che riguardano precisamente la posizione giuridica dei vescovi. Dei quali mirò essenzialmente a rendere difficili le accuse e quasi impossibili le condanne. La maggior parte delle epistole ne trattano e tutti i falsi sinodi mirano a tal fine. E lo Pseudo Isidoro lo raggiunse con molte minute disposizioni, e specialmente con lo stabilire: *a*) che i vescovi non possano essere giudicati dai tribunali secolari, ma solo da un sinodo raccolto dal papa; *b*) che inoltre a qualunque punto del giudizio dinnanzi al sinodo sia loro lecito appellarsi direttamente al pontefice. Questa disposizione ha fatto credere che l'ultima mira del falsificatore, o dei falsificatori, fosse l'esaltamento della sede pontificia; ma ciò non è che in apparenza (4), poichè molte e sottili disposizioni stanno nella Raccolta ps. isidoriana, le quali finiscono per rendere quasi impossibile al pontefice stesso il condannare un vescovo.

Che tale del resto fosse lo scopo dello Pseudo Isidoro appare dal fatto, che delle due altre raccolte, unite con la sua da iden-

(1) VIOLETT, *Précis de l'hist. du D. fran.*, I, p. 49.

(2) FOURNIER, loc. cit. p. 101.

(3) Quest'opinione, intraveduta fra gli antichi dai Ballerini (p. III, c. 6, § 3) e dal Blasco (op. cit. cap. X), fu in seguito accolta e sviluppata con assai poca differenza di particolari dal Wasserschleben, dal Geecke (op. cit. p. 43), dal Richter (p. 101), dallo Schulte (p. 19), dal Friedberg (p. 84), ecc.

(4) WASSERSCHLEBEN, *Beiträge ecc.*, p. 33; GÖEKE, op. cit. p. 44.

tiche tendenze, l'una, quella di Benedetto Levita, tratta dello stesso argomento molto diffusamente e con uguali intendimenti, e l'altra, i *Capitula Angilramni*, è esclusivamente dedicata a regolare le accuse dei vescovi, sempre ancora in modo analogo alle precedenti.

§ 2.

Uno degli espedienti più efficaci, con cui i Falsificatori Francesi del IX secolo raggiunsero lo scopo di assicurare la posizione giuridica dei vescovi, fu appunto l'*exceptio spolii*, che essi innalzarono dalla incertezza del diritto consuetudinario alla dignità di vero istituto giuridico, sancito dalla legge, e anche, fino ad un certo punto, elaborato dalla riflessione scientifica.

Il che è detto con una ammirabile sincerità dallo Ps. Isidoro stesso nel cap. XIX della lettera di Fabiano (Hinsch., p. 165), ove dichiara che l'eccezione fu immaginata, affinché i vescovi: « Non accusarentur, aut, si aliter fieri non possit, perdifficilis fieret accusatio ».

Il loro scopo ci spiega sin d'ora un fatto di molta importanza, il fatto cioè, che l'*exceptio spolii*, la quale prima non era stata circoscritta a nessun ordine speciale di ecclesiastici, divenne per opera loro pressochè un privilegio riservato ai vescovi. Ci spiega del pari la posizione eccezionalmente, e senza esempio in altre legislazioni, favorevole, che vien fatta allo spogliato.

Allo Ps. Isidoro era dalla maggior parte degli autori attribuita la creazione dell'*exceptio spolii*, poichè egli veniva considerato come il primo e più antico dei compilatori di falsi documenti, e perchè d'altra parte si riteneva dai più che l'*exceptio spolii* non avesse nessun effettivo riattacco alla disciplina ecclesiastica anteriore. Ma dacchè fu dimostrato che le *False Decretali* furono precedute da due altri lavori, i *Capitulari* di Benedetto Levita, e i *Capitoli* di Angilramno, i quali, avendo comuni con esse le tendenze ed i fini, trattano già con sufficiente larghezza dell'*exceptio spolii*, noi dovremo tenere nel nostro studio un ordine inverso a quello seguito fino ad ora dagli autori. Non diremo cioè senz'altro dello Ps. Isidoro, ma

dovremo anzitutto studiare il primo fissarsi delle linee generali del nostro istituto nelle due minori raccolte; il che ci gioverà assai per dimostrare in che modo lo Ps. Isidoro sia venuto in seguito sopra questo ordito di falsificazioni intessendone altre di maggiore importanza ancora. Non importa che il tutto sia opera di uno stesso falsificatore o di uno stesso gruppo di falsificatori; basta il fatto della indiscutibile precedenza delle due minori collezioni per autorizzarci a concludere che Benedetto Levita, a preferenza dello Ps. Isidoro si deve considerare, non come il creatore, poichè questa parola ripugna con quanto abbiamo fino ad ora sostenuto, ma come il restauratore dell'*exceptio spolia*. Il che del resto era già stato detto dall'Hinschius (1), come conseguenza necessaria di quanto egli aveva dimostrato, senza però farne applicazione al caso pratico.

CAPO III

I Capitolari di Benedetto Levita e i Capitoli di Angilramno.

§ 1.

Benedetto Levita, come del resto tutti gli altri falsificatori, attinse i suoi materiali principalmente dagli antichi Libri di d. romano, dal Breviario Alariciano, dalle anteriori Collezioni canoniche, dai Libri penitenziali, dalla Bibbia, dai Santi Padri e dai primitivi Storici della Chiesa (2).

In Benedetto Levita trattano del nostro argomento i cap. 337, 381 del Lib. II, i cap. 87, 116, 153 del Lib. III, il cap. 8 della Addiz. III, e i cap. 3, 4, 5, 17, 28, 29 della Addiz. IV.

(1) HINSCHIUS, op. cit. p. CCXXIV; RICHTER, *Kirchenrecht*, p. 86, not. 9.

(2) RICHTER, *Kirchenrecht*, p. 86.

Il cap. 337 (II) è tolto dalla lettera già ricordata di Leone Magno (93, cap. III). Il papa scriveva di aver saputo più vescovi essere stati:

« Sedibus suis pulsos et in exilia deportatos, atque in loco »
 » superstitum alios substitutos: his primitus vulneribus adhi- »
 » beatur medicina iustitiæ nec quisquam ita careat propriis ut »
 » alter utatur alienis: cum si, ut cupimus, errorem omnes re- »
 » linquunt, nemini quidem perire suus honor debeat, sed illis »
 » qui pro fide laboraverunt, cum omni privilegio suo oportet »
 » ius proprium reformari ».

Benedetto compendia il passo, ma, giunto alle ultime parole, scrive:

« Sed illis, qui pro fide laboraverunt, *prius* cum omni pri- »
 » vilegio suo oportet ius proprium reformari ».

Qui tutta la falsificazione si riduce ad intercalare la particella *prius*, che però aggiunge al passo un'idea essenziale.

Infatti il passo con la nuova aggiunta non dice più soltanto che i vescovi debbono venir reintegrati, ma che ciò deve esser fatto *prima* che essi siano sottoposti a regolare giudizio (1).

Il cap. 381 (II) è tratto dal passo già citato della Hist. trip. di Cassiodoro (VII, cap. 12), che Benedetto volse al suo intento intercalandovi, non più un *prius*, ma un *postea*. Cassiodoro scriveva:

« Depositos autem ab eis qui dissimilem patri filium assere- »
 » bant, sedes proprias recipere decreverunt. Si quis autem eos »
 » accusare vellet, æquo hoc periculo sanciverunt ecc. ».

Come avevamo di già osservato (2), le due disposizioni contenute in questo brano non sono punto fra di loro correlative, ma affatto indipendenti. Benedetto le ha unite scrivendo: « *Epi-* »
 » *scopos electos atque suis rebus expoliatos* in sedes proprias »
 » recipi et sua omnia legaliter primo eis reddi sancti canones »
 » decreverunt; *et postea* si quis eos accusare vellet, æquo pe-

(1) L'osservazione è del Bruns, p. 160, col quale però non ci accordiamo nelle conseguenze che ne vuol trarre per rispetto allo Pseudo Isidoro, come vedremo a suo luogo.

(2) Vedi parte III, cap. I, § 1.

» rículo facere sanciverunt, iudices esse decernentes episcopos
» recte sapientes ecc... ».

Non a caso, come nota giustamente il Bruns per rispetto allo Pseudo Isidoro (1), è stato in luogo di *depositos* messo *eiectos* *atque suis rebus expoliatos*, perchè in tal modo il passo viene fissato nel terreno dell'eccezione di spoglio. Del resto esso ha acquistato in Benedetto questo nuovo importantissimo senso: che i vescovi spogliati debbano essere reintegrati prima che sottoposti a giudizio.

Del passo riguardante il vescovo Quodvultdeus, il quale, come vedemmo (2), essendo contumace fu dal sinodo privato della comunione, ma non dell'episcopato: « Nam adimi ei episcopatum, antequam causæ eius exitus appareret, nulli Christiano » videri iure potuisset (Mansi, III, col. 785, 786) », Benedetto trae materia per il cap. 87 (III), il quale è così intitolato: « Ut episcopus ante iustam definitionem nullatenus propria potestate privetur », e contiene questa disposizione:

« Adimi *episcopo* episcopatum, antequam causæ eius exitus » *appareat*, nulli christiano videri iuri potest ».

Di quella, che era una decisione per un caso speciale di contumacia, si è fatta per tal modo una massima generale in favore dei vescovi. E ad essa già si ricorre nei cap. 17 e 28 dell'Add. IV, come vedremo di poi.

(1) BRUNS, *Das Recht.*, p. 140. Avverto come questo confronto dei fonti coi passi falsificati è stato fatto pure dal Bruns, § 17; senonchè egli confronta i passi dello Pseudo Isidoro, non quelli di Benedetto, che egli credeva posteriore al primo, non senza però che qualche dubbio gli sorgesse, dubbio che egli tentò di risolvere col supporre, che prima dei *Capitula Angilramni* e delle *False Decretali* esistesse già una raccolta di false disposizioni (p. 160). Essa esisteva di sicuro, ed erano appunto i Capitolari di Benedetto. L'ordine affatto inverso tenuto da noi nello studio dell'argomento ci ha persuasi che, rifacendo a modo nostro la esposizione delle fonti, la cui ricerca era del resto stata fatta con tutta la diligenza dal Bruns, avremmo potuto mettere meglio in luce il procedimento di falsificazione, da cui ottenne il suo pieno sviluppo l'*exceptio spoli.*

(2) Vedi parte III, cap. I, § 1.

Il sinodo romano sotto Simmaco ha fornito materia a molte e svariate falsificazioni. Anzitutto al cap. 116 (III). Simmaco diceva di sperare che il visitatore:

«Ex ordinatione antistitum, sicut decebat sanctum propositum, prima fronte cederet; et omnia quæ per suggestiones inimicorum suorum amiserat, potestati eius legaliter ab honorabili concilio redintegrarentur seu redderentur: et tanti loci præsul regulariter prius statui pristino redderetur; et tunc, non ante, veniret ad causam: et si ita recte videretur, accusantium propositionibus responderet ecc. (1) ».

Benedetto ne trasse questa generale disposizione:

« Si quis episcopus suis fuerit rebus expoliatus et accusatione pulsatus, ordinatione pontificum oportet prima fronte cedere, ut omnia, quæ per suggestiones inimicorum amiserat, legaliter potestati eius ab honorabili concilio redintegrarentur, et præsul prius statui pristino reddatur; ipseque demum potestative, non subito, sed diu dispositis ordinatisque suis, tunc ad tempus veniat ad causam; et si iuste videtur, accusantium propositionibus respondeat ».

Ora qui è notevole anzitutto la generale espressione: *si quis episcopus*, sostituita alla persona di Simmaco; in conseguenza di che in luogo di *tanti loci præsul* fu scritto semplicemente *præsul*, lasciando anche in disparte ogni accenno al visitatore; ed è poi ancor più notevole il fatto, che in luogo di *et tunc non ante veniret ad causam*, è stato scritto: « *ipseque* (lo spogliato) *demum potestative, non subito, sed diu dispositis ordinatisque suis, tunc ad tempus veniat ad causam* », aggiungendo per la prima volta un elemento di altissima importanza, cioè l'obbligo di inframmettere un certo intervallo di tempo fra la reintegrazione dello spogliato e la sua comparsa in giudizio. Benedetto lo lasciò indeterminato, pur cercando di renderlo a forza di avverbi più largo e più favorevole ai vescovi che gli fu possibile.

(1) MANSI, VIII, col. 249.

Il cap. 153 (III) contiene una disposizione, di cui difficilmente si potrebbe precisare la fonte, e che probabilmente è dovuta alla mente stessa del falsificatore. Esso è intitolato:

« Ut episcopus eiectus vel suis carens rebus ante plenam re-
stitutionem non accusetur... »

e dice:

« Canonice testante turba didicimus, quod episcopus eiectus,
» vel suis rebus expoliatus nequaquam debet accusari vel iudi-
» cari, antequam legaliter et pleniter restituatur ».

Il cap. 8 dell'Add. III, alla quale è premesso questo avvertimento: *Hæc capitula proprie sunt ad episcopos...*, è tratto dal libello apologetico di Ennodio in difesa di Simmaco e del sinodo Romano (1).

Ennodio aveva detto riferendosi a Simmaco: « Non fuit privilegium, quo spoliari potuit iam nudatus ». E Benedetto generalizzando scrisse: « Non est privilegium, quo spoliari possit » iam nudatus. Ideo, nisi iusto iudicio decernente, nullus ex-
» polietur ».

Con questo finisce la parte che si deve senza pericolo di contestazione assegnare a Benedetto Levita. L'addizione IV, che pure tante disposizioni contiene riguardanti la nostra eccezione, non si può attribuire alla stessa mano che scrisse il resto dei Capitolari. L'Hinschius e dopo di lui vari altri scrittori hanno sostenuto (2), che autore dell'Addizione IV e dei *Capitula Angilramni*, con cui essa presenta delle straordinarie rassomiglianze, era lo stesso Pseudo Isidoro. Qualche dubbio su questa affermazione ci è nato dal vedere come i capi 3 e 4 della Addiz. IV si attengano strettamente alla versione che del passo, su cui essi si fondano, aveva dato Benedetto Levita nei cap. 337 e 381 del lib. II, e non a quella data dallo Pseudo Isidoro.

Infatti il cap. 4 ha come il cap. 337 intercalato un *prius* nel brano di Leone Magno sopra riferito; mentre lo Pseudo Isidoro in luogo di *sed illis prius cum omni privilegio* scrisse,

(1) MANSI, *Conc. Coll.*, VIII, col. 281.

(2) HINSCHIUS, op. cit. p. CLXII; RICHTER, p. 87, not. 13.

come vedremo, *sed prioribus episcopis cum omni privilegio* (1). Ancora, il capo 3, come il capo 381, da cui è tolto, si limita a dire: *iudices esse decernentes episcopos recte sapientes*, e non aggiunge, come non senza motivo aggiunse lo P. Isidoro, *et iuste volentes* (2).

Ma anche messa in disparte l'idea che dell'addizione iv e dei *Capitula* sia autore lo Pseudo Isidoro, non è però meno certo che essi si debbono attribuire ad un autore diverso da quello che scrisse il resto dei Capitolari; e ciò in causa del più stretto legame che fra loro corre, e delle differenze numerose e sostanziali che li dividono dagli altri libri; differenze sensibilissime specialmente nel nostro argomento, e che si manifestano già esteriormente nel metodo stesso di falsificazione.

Benedetto Levita si limita a manipolare gli antichi brani, senza nulla inventare, salvo forse nel cap. 153; ed anche dove saccheggia le opere altrui, di proprio non aggiunge se non lo stretto necessario; il *prius* ed il *postea*, di cui parlammo, informino.

Nella Addizione iv e nei *Capitula Angilramni* si sente per contro uno scrittore più sicuro di sè. La falsificazione non è più frutto solo di una limitata interpolazione; ma pur fondandosi su passi d'altri autori, e pur attingendone parole ed intiere frasi, discende in gran parte dall'opera personale del falsificatore, il quale per lo più crea di proprio capo l'intero periodo. Del resto anche le fonti sono assai più peregrine, che non in Benedetto.

Il concetto che questi aveva del nostro istituto si può intanto raggruppare intorno a questi principî generali.

Anzitutto da nessuno dei suoi capitolari appare che egli pensasse ad una vera e propria eccezione. Egli si limita ad ordinare che i vescovi scacciati non vengano sottoposti ad accusa o giudicati prima che siano ad essi restituite integralmente le cose loro. È chiaro che il vescovo spogliato potrà *in limine litis* ottenere la dilazione del giudizio, eccependo questa dispo-

(1) *False Decretali, Præf., cap. vi* (HINSCHIUS, p. 19).

(2) *False Dec., Ep. Dam., cap. xiii* (HINS. p. 503, BLOND. p. 522).

sizione a lui favorevole, come avverrebbe di qualsiasi altra statuizione di legge che sancisca un diritto; ma è pure evidente che l'autorità giudiziaria dovrà procedere alla reintegrazione di ufficio, indipendentemente dalla domanda del convenuto; poichè mentre da un lato nessuno dei capitolari di Benedetto vi fa anche solo un lontano accenno, dall'altro in tutti è enunciata perentoriamente la necessità di reintegrare senz' altro i vescovi spogliati prima di ammettere le accuse contro di loro. Si tratta quindi ancora di un *officium iudicis*.

Nessuna novità del pari Benedetto Levita ha introdotto quanto al fondamento giuridico del nostro istituto. Esso consiste sempre ancora nella massima, che l'esecuzione non deve precedere il giudizio. Onde l'eccezione di spoglio non si deve considerare come un provvedimento contro lo spoglio, e tanto meno come un rimedio possessorio; poichè essa si riconnette strettamente ed unicamente al sistema processuale e al regolare andamento del giudizio. Il fatto che alcuno venga spogliato delle cose sue non deve dipendere dall'arbitrio dei privati, ma da un giudizio regolare; il giudice non può quindi giudicare di uno spogliato se non dopo aver rimesse le cose nel loro stato normale. Se ciò egli non fece, ne consegue tanto nel caso di condanna dello spogliato, come nel caso di assoluzione, che quella la quale avrebbe dovuto essere esecuzione del giudizio, cioè ultima e definitiva fase del medesimo, fu compiuta prima di esso; il che è assurdo, e toglie ogni regolarità e legalità al giudizio.

Ciò appare principalmente:

Dalle parole aggiunte al cap. 381 (II): « Non est iustum iudicare aut condemnare virum, cuius causa ad liquidum non est examinata ».

Dal cap. 87 (III), intitolato: *Ut episcopus ante iustam definitionem ecc...*, e contenente la massima: « Adimi episcopo episcopatum ecc. ».

Dal cap. 8 (Add. III), la cui rubrica suona: *Ut nullus nisi iusto iudicio expolietur ecc.* e che contiene la sentenza: « Non est privilegium ecc. ».

Una novità invece si deve a Benedetto, e riguarda le persone a cui la reintegrazione è concessa.

Abbiam veduto come l'eccezione nostra non fosse stata dalla tradizione ecclesiastica limitata a nessuna classe di ecclesiastici; Benedetto, coerente al suo scopo, ne fece un privilegio dei vescovi. Infatti di essi trattano esclusivamente tutti i capitolari che abbiamo più sopra esaminati.

Dà luogo all'eccezione una privazione qualsiasi, purchè illegittima, della dignità e del patrimonio episcopale. Non occorre una speciale violenza, poichè non ne è fatta parola. Il che è spiegato del resto a sufficienza dal principio fondamentale a cui si informa l'istituto. Esso non mira, dicemmo, a reprimere lo spoglio, ma bensì ad impedire la irregolarità processuale, che l'esecuzione preceda il giudizio; irregolarità che si verifica indipendentemente dal modo con cui si operò lo spoglio, sempre che il giudice non reintegri lo spogliato prima di sottoporlo a giudizio.

I Capitolari parlano di un vescovo: *electus vel suis rebus expoliatus* (381, II; 116, III), *accusatione pulsatus* (116, III), *sui rebus carens* (153, III), *sede sua pulsus et in exilia deportatus* (337, II), *propria potestate privatus* (87, III), a cui è tolto *episcopatum* (87, III).

Dal che si raccoglie che non è sufficiente la privazione di una cosa singola, ma occorre una totale spogliazione; e in secondo luogo che anche la sottrazione della sola dignità episcopale (*potestas*) può dar luogo all'eccezione.

Si deve restituire quanto fu tolto, cioè l'ufficio, le cose annesse al medesimo, ogni privilegio inerente a queste o a quello. Infatti i capitolari dicono: *sedes proprias et sua omnia* (II, 381), *omnia quæ amiserat* (III, 116), *status* (116, III), *episcopatus*, *potestas* (87, III), *ius proprium cum omni privilegio* (337, II).

La reintegrazione deve esser fatta non solo *pleniter*, ma anche *legaliter* (381, II; 116, III; 153, III). E per *legaliter* si intende che la reintegrazione sia fatta per cura dell'autorità stessa che avrebbe giudicato dell'accusa, cioè: *ordinatione pontificum*, *ab honorabili Concilio* (116, III).

Le cose debbono venir restituite tanto se ritenute dallo spogliatore, quanto se da terzi anche di buona fede. Ciò scaturisce

naturalmente dall'indole stessa del provvedimento. Non si tratta infatti, come vedemmo, di una questione vertente fra lo spogliato da una parte e lo spogliatore o i suoi aventi causa dall'altra; ma di un obbligo imposto perentoriamente all'autorità giudiziaria di procedere senz'altro alla reintegrazione, senza cui il giudizio che dello spogliato si facesse sarebbe irregolare ed illegale. È posto quindi in gioco il retto funzionamento della giustizia, cioè un interesse d'ordine pubblico, al cui soddisfacimento nè la buona fede nè i diritti dei privati in genere, e in questo caso dei terzi aventi causa dallo spogliatore, possono recare impaccio.

Una prova di tutto ciò è fornita anche dal fatto che il giudizio, a cui si deve far precedere la reintegrazione, è sempre penale e non civile, tale cioè che non ammette altre questioni pregiudiziali, oltre quella dello spoglio, e non tollera intervento di terzi. Che si tratti di giudizio penale appare evidentemente dall'esame dei casi, in cui primitivamente si fece uso della nostra eccezione, e su cui furono foggiate le disposizioni di Benedetto, casi tutti trattanti di accuse criminali; e dal fatto, che anche in Benedetto si parla di vescovi esigliati, espulsi, e si usano le parole: *accusare* (153, III; 381, II), *accusantium propositionibus* (116, III) e simili, che hanno un non dubbio significato criminale.

Si potrebbe anche domandare se la eccezione nostra si assida sul diritto, sul possesso o anche solo sulla nuda detenzione. Ma, anche prescindendo dalla insufficienza dei dati fornitici da Benedetto, la questione ci pare oziosa.

L'*exceptio spoli* non costituisce infatti una protezione misurata sul diritto che lo spogliato ha o può avere sulla cosa, non lo protegge cioè nella sua qualità di proprietario o di possessore, o di detentore, ma mira a tutelarlo nella sua qualità di parte in causa, anzi di accusato. La ricerca sul diritto che ei può avere sulla cosa ha quindi nella questione una importanza secondaria. La quale è ancora diminuita dal fatto che qui non si tratta di un istituto di diritto comune, ma di un privilegio d'ordine politico, riservato ad una classe molto ristretta

di persone, cioè ai vescovi. Si può quindi con sicurezza affermare che Benedetto Levita non pensò punto a concedere il suo rimedio piuttosto a chi avesse il diritto, che non a chi avesse solo il possesso; ma non sospettò forse neppure che tali questioni si potessero fare a proposito del suo istituto, perchè non aveva certamente una chiara idea delle sottili distinzioni, che a questo proposito si facevano nella giurisprudenza romana.

Egli si limita a dire: *sedes proprias et sua omnia* (381, II), *propria potestas* (7, III), e altrove: *ius proprium* (337, II); dalle quali parole risulta solo questo, che doveva essere dal pubblico, e specialmente dall'autorità, riconosciuta nello spogliato almeno provvisoriamente la qualità di vescovo della sede di cui si diceva privato.

Del resto, quando si volesse sottilizzare, non si potrebbe senz'altro applicare a questi rapporti di diritto le distinzioni romane, poichè si dovrebbe tener conto di un elemento nuovo importantissimo, cioè della istituzione canonica. Quali innovazioni questa abbia portate nella nostra materia vedremo a suo luogo, cioè allorquando studieremo lo svolgersi del nostro istituto nei giuristi posteriori, che ebbero piena conoscenza delle teoriche romane, ed avvertirono quali differenze passino fra queste e le canoniche.

Sarebbe poi riuscito di ben poco giovamento ai vescovi il loro privilegio, ove fossero stati sottoposti ad un processo, appena reintegrati, prima cioè di poter riordinare le cose loro, riacquistare il loro prestigio, e prepararsi in tal modo le armi, le prove, le testimonianze per la loro difesa. A ciò provvede Benedetto; il quale, senza fissare un termine preciso, ordinò che essi non fossero senz'altro tratti in giudizio ma vi si potessero presentare con tutto loro comodo: *potestative, non subito, sed diu dispositis ordinatisque suis* (116, III).

Abbiamo insistito su questa particolarità, anzitutto perchè, come già dicemmo, aggiunge un elemento non certo trascurabile al nostro istituto, e poi specialmente in vista della eccezionale importanza, che essa assunse nella raccolta dello Pseudo Isidoro.

Con le parole *et si iuste videtur* del cap. 116 (III) Benedetto ha voluto ancora dar modo all'autorità giudicante di respingere anche dopo la reintegrazione le accuse avventate o che per qualsiasi altra ragione non le sembrasse opportuno accogliere.

§ 2.

L'Addizione IV e i *Capitula Angilramni* contengono delle falsificazioni più ardite.

Il cap. 4 (Add. IV) non è che una esatta riproduzione del cap. 337 (II) di Benedetto Levita.

Il cap. 3 è tolto dal cap. 381 (II); però dove quest'ultimo ha la frase, che abbiamo sopra commentata, *et postea si quis eos accusare vellet*, il cap. 3 sostituisce questa espressione equivalente per rispetto allo scopo che vi si vuole ottenere: *et si quis post hæc eos accusare vellet*.

Benedetto Levita aveva adoperato il passo del Cod. Gregor. *Lex Rom. Wisigoth.* (III, 5, 1), così concepito:

«*Fructos ante litem contestatam perceptos malæ fidei possessoribus restituere placuit*».

Per farne il cap. 103 dell'Add. III:

«*Omnes possessiones et omnia sibi sublata atque fructos cunctos ante litem contestatam præceptor possessori restituat*».

Da questo cap. e dai cap. 38 (*sedes proprias*), 116 (*statui pristino, suis rebus expoliatus et pulsatus*), 153 (*debet accusari*), e dalle fonti genuine, cioè dagli atti del Sinodo romano (*regulariter reddatur*); l'autore ha formato il cap. 5 dell'Add. IV:

«*Nullus enim episcoporum, dum suis fuerit rebus expoliatus aut a sede propria qualibet occasione pulsus, debet accusari aut a quoquam ei potest crimen obici, priusquam integer rime restauretur et omnia, quæ ei ablata quocumque sunt ingenio, legibus reintegrentur et ipse propriæ sedi et pristino statui regulariter reddatur, ita ut omnes possessiones et cuncta sibi iniuste sublata atque fructus omnes ante cap-*

» tam accusationem primates et synodus episcopo, de quo agitur, funditus restituant; quia hoc non solum ecclesiasticæ, sed etiam sæculi leges fieri docent ».

Dal cap. precedente e dal cap. 116 di Benedetto sono tolti il cap. 17 dell'Add. iv e il cap. 4 dei *Capitula Angilramni*, che sono pressochè identici:

« Nam si quis fuerit rebus expoliatus, quod absit, aut quod alienum ab omnibus debet esse fidelibus, a sede propria eiectus, aut in detentione aliqua a suis ovibus fuerit sequestratus: tunc canonice antequam in pristinum restituatur honorum et sua omnia, quæ ab insidiis inimicorum suorum ei ablata fuerint, redintegrentur, *nec convocari nec iudicari poterit, nisi ipse pro sua necessitate, minime tamen iudicandi, advenire sponte elegerit*. Nec omnino a quoquam respondere rogetur, antequam integerrime omnia, quæ per suggestiones inimicorum suorum amiserat, potestati eius ab honorabili concilio redintegrentur, et præsul ut prius statui pristino reddatur. Et ipse dispositis ordinatisque libere ac secure suis, tunc canonice convocatus ad tempus sinodo in legitima et canonica veniat ad causam. Et si ita iuste videtur, accusantium propositionibus respondeat; nam hoc summo opere providendum est, ne antequam omnia hæc fiant coactus respondeat, quia contentio semper vitanda est. Adimi namque episcopo episcopatum, antequam causæ eius exitus appareat, nulli christiano videri iure potest ».

Della nostra eccezione nei *Capitula Angilramni* si occupa ancora il cap. x, tolto con poche varianti dal cap. 381 di Benedetto Levita.

I cap. 28 e 29 dell'Add. iv sanciscono il nuovo importante principio che un vescovo accusato possa a qualunque punto del giudizio, ed anche dopo il medesimo, appellarsi direttamente a Roma; e che nel frattempo egli non debba venir privato della sua sede o della sua dignità: « quoniam dudum a sanctis patribus statutum est, ut accusati nullus usurpet sedem episcopi. Et alibi: adimi episcopo episcopatum ecc... ».

Ora ecco il contributo che l'autore dell'Add. iv e dei *Capitula* dà al nostro istituto.

Intorno alla sua essenza nulla è mutato; chè anzi viene meglio affermata la sua natura di *officium iudicis* con il precetto più che ogni altro esplicito: *primates* (1) *et synodus (omnia) episcopo funditus restituant* (cap. 5, Add. iv).

Nulla del pari è mutato per rispetto al suo fondamento giuridico, poichè tanto nell'Add. come nei *Capit.* è citato a sostegno dell'*exceptio spolii* (cap. 17, Add. iv, cap. iv dei *Capit. Angil*) il principio che Benedetto Levita aveva formulato in un capitulare speciale (cap. 87, III): *Adimi namque ecc....*

Quanto alla causa che può dar luogo alla eccezione, appare da questi brani, meglio ancora che non da quelli di Benedetto, che basta una spogliazione illegale qualunque, poichè il cap. 5 dell'Add. iv così si esprime: *episcopus a sede propria qualibet occasione pulsus*, e più sotto: *quæ ei ablata quocumque sunt ingenio*.

Però vengon ben fissati due casi speciali in cui un vescovo si deve dire *spoliatus*. E questi sono:

Anzitutto il caso in cui un vescovo non sia deietto dalla sua sede, ma vi sia tenuto prigioniero in qualunque modo dai suoi diocesani. Infatti il cap. 17 dell'Add. iv e il cap. iv di Angilramno all'ipotesi del vescovo *eiectus*, aggiungono quella del vescovo *in detentione aliqua a suis ovibus sequestratus*. Si potrebbe supporre che si tratti qui di una rimembranza dei libri giuridici romani, ove era stabilito che si dovesse considerare *deiectus* e quindi avesse l'interdetto il possessore ritenuto a forza nel proprio fondo; ma più probabilmente questa disposizione fu suggerita al falsificatore dal bisogno pratico di proteggere anche contro tale specie di sopruso i vescovi, a cui in quei tempi di generali lotte partigiane non di rado occorre di essere malmenati dai proprii soggetti.

Quindi il caso, in cui un vescovo accusato avesse interposto appello al Pontefice e che ciò non ostante fosse stato giudicato. Poichè in virtù dei cap. 28 e 29 dell'Add. iv l'esecuzione della

(1) Che cosa i falsificatori intendessero per primati, dignità di cui essi composero la posizione giuridica, vedi in Walter, *D. eccl.*, § 98, not. b.

prima sentenza doveva costituire una ingiusta spogliazione per il vescovo appellante.

Che cosa si debba restituire, è detto con maggiore precisione che non in Benedetto. Non si tratta più solo di *cuncta sibi iniuste sublata*, ma di *omnes possessiones* e di *fructus omnes ante caeptam accusationem*. Con ciò il privilegio politico dei vescovi fa un passo sensibilissimo verso gli antichi provvedimenti possessorî romani; la cui terminologia esso va a poco a poco facendo propria.

Le parole poi del cap. 5 (Add. iv) tolgono ogni dubbio circa la natura delle accuse mosse ai vescovi, poichè dicono: *potest crimen obici*.

Il tempo da interporci fra la reintegrazione e il giudizio, sebbene ancora non sia fissato tassativamente, viene però acquistando sempre maggior larghezza. Le insistenti ripetizioni e le espressioni molto elastiche tradiscono l'intento di porre i vescovi in una posizione al tutto privilegiata. Un punto su cui specialmente si ferma il falsificatore è che il vescovo si debba presentare al giudizio non come se egli vi fosse tratto a forza, ma come se egli stesso avesse eletto di purgarsi innanzi al sinodo delle accuse mossegli; e questo concetto (espresso specialmente nel cap. 17, Add. iv, e nel cap. iv di Angilramno) si deve probabilmente far risalire alle parole del memoriale del Sinodo, che papa Innocenzo tenne in favore di S. Giovanni Crisostomo, ove è detto: *ut sublata causa detrectandi iudicii, sua sponte consessum iniret* (1).

(1) PALLADI, *Dialog. de vita S. Joan. Chrys.*, cap. 4.

CAPO IV

Le False Detretali dello Pseudo Isidoro.

§ 1.

I passi, che nelle Decretali Ps. Isidoriane trattano del nostro istituto, sono:

1. *Præfat.*, cap. VI (HINSCHIUS, *Decretales Pseudo Isidorianæ*, p. 18 e 19).
2. *Sixti I*, ep. 2 (BLONDELL, *Ps. Isidorus et Turrianus vapulantes*, p. 182; HINSCH. p. 109).
3. *Zephirini*, ep. 2, cap. XII (BL. p. 247; HIN. p. 133).
4. *Fabianus*, ep. 2, cap. XX (BL. p. 300; HIN. p. 165).
5. *Stephanus*, ep. 2, cap. VI (BL. p. 334, 335; HIN. p. 184).
6. *Sixti II*, ep. 2, cap. VI (BL. p. 347; HIN. p. 192).
7. *Felic. I*, ep. 2, cap. X (BL. p. 358, 359; HIN. p. 201).
8. *Gati*, Ep. unic., cap. IV (BL. p. 378; HIN. p. 215).
9. *Marcelli*, ep. 2, cap. VIII (BL. p. 399; HIN. p. 227).
10. *Eusebii*, ep. 2, cap. XI, XII, XIII (BL. p. 413, 414; HIN. p. 237, 238).
11. *Iul.*, ep. 2, cap. XII, XIX (BL. p. 464, 474; HIN. p. 468, 473).
12. *Athanasii et omn. Ægyptor. Ep. ad Felic. II* (BL. p. 492; HIN. p. 480).
13. *Felic. II*, ep. 2, cap. IV, V, IX (BL. p. 502; HIN. p. 485).
14. *Steph. archiep. et trium. Concil. Afric. ad Damasum* (BL. p. 519; HIN. p. 501).
15. *Damas.*, ep. ad Afros., cap. XII, XIII (BL. p. 522; HIN. p. 503).
16. *Acta quintæ Syn. sub Symmaco* (Mansi, *Conc. Coll.* VIII, col. 297; HIN. p. 676).

17. *Ioannis I*, ep. 1 (BL. p. 570; HFN. p. 694).

18. *Pelagii II*, ep. 2, cap. III (BL. p. 632; HFN. p. 731).

Lo Pseudo Isidoro si è valso dei Capitolari di Benedetto Levita e dei Capitoli di Angilramno, dei quali accolse tutte le falsificazioni.

Il metodo, con cui queste furono compilate, fu già da noi delineato nei precedenti paragrafi. Ma occorre osservare che lo Ps. Isidoro altre importantissime e radicali falsificazioni aggiunse, e le già compiute amplificò e modificò, attingendo direttamente alle fonti, o più spesso ancora alla sua immaginazione. L'uso delle fonti vi è assai più promiscuo che non nelle due altre raccolte, il che, unito alla maggiore audacia del falsificatore, rende assai difficile il determinare per ciascun brano il passo preciso di autore che venne adoperato. Ci dovremo quindi limitare a dire quale dei passi ha fatto le maggiori spese delle nuove disposizioni.

La già citata lettera di Leone Magno e il cap. 337 (II) di Benedetto hanno dato materia a parte del cap. VI della Prefazione Pseudo Isidoriana (1); ove però in luogo della ingegnosa falsificazione di Benedetto: *Sed illis prius cum omni privilegio....* è scritto: *Sed prioribus episcopis cum omni privilegio....* È innegabile che il passo dello Pseudo Isidoro preso separatamente non raggiungerebbe più come quello di Benedetto lo scopo di affermare la precedenza della reintegrazione su l'accusa del vescovo. Ma per ciò non si può già concludere col Bruns (2) che Benedetto contenga in questo punto una falsificazione che manca nello Ps. Isidoro; poichè quegli fece di questo passo un capitolare separato e quindi aveva bisogno di comprendervi tutta la falsificazione; mentre questi, che lo incorporò con altri brani i quali trattano esplicitamente della eccezione di spoglio, potè per maggior chiarezza di esposizione mutare il *prius* di Benedetto in *prioribus*, senza che il passo perdesse il proprio valore per rispetto allo scopo, a cui entrambi miravano.

(1) HINSCHIUS, p. CLVII.

(2) BRUNS, op. cit. p. 160.

Le stesse fonti furono adoperate per il cap. xi della Epist. di Zefirino, in cui però sono aggiunte dopo *sedibus pelli* le parole *suaque eis auferri suppellectilia*. Negli altri passi dello Ps. Isidoro non sono più rimaste se non parole e frasi disperse. Per esempio l'espressione: *cum omni privilegio*, si incontra nel cap. xi dell'epistola seconda di Eusebio, negli atti del v Sinodo romano e in Felice I.

Dal decreto del sinodo di Lampsaco, che è riferito da Cassiodoro (VII, 12) e di cui con una leggiera alterazione Benedetto già aveva formato il cap. 381 (II), sono tratti i cap. XII e XIII dell'Ep. ad Afros di Damaso (1) e il cap. XII delle Ep. 2 di Zefirino. Però in quest'ultima la falsificazione si limita a porre ove già Benedetto aveva aggiunto *et postea* le parole *et demum*, evidentemente con la medesima intenzione; mentre nell'Ep. di Damaso dopo *episcopos recte sapientes*, è detto: *et iusta volentes*, e sono aggiunte ancora altre disposizioni riguardanti lo spazio da interpersi fra la reintegrazione e l'accusa, di cui diremo in seguito.

Il cap. 116 (III) di Benedetto Levita è riprodotto con non molte modificazioni dallo Pseudo Isidoro nel cap. XIX dell'Ep. 2 di Giul. e nel cap. V dell'Ep. di Felice II; però lo Pseudo Isidoro si valse al tempo stesso della fonte genuina, cioè degli atti del Sinodo romano, come provano le parole *et decet sanctum propositum* che si trovano nella prima epistola, e le parole della seconda: *et decet episcoporum propositum*, le quali mancano assolutamente in Benedetto, e discendono direttamente da quelle degli atti sinodali: *sicut decebat sanctum propositum* (2). Del resto la epistola di papa Giulio si attiene quasi letteralmente alla lezione di Benedetto, mentre quella di Felice II contiene delle importanti differenze, fra cui sono notevoli anzitutto l'aver intercalate le parole *vi aut terrore pulsus* dopo *rebus expulsiatus*, l'aver per contro omessa la frase importante *ab honorabili concilio*, e finalmente l'aver assai meglio determi-

(1) HINSCHIUS, p. CLV.

(2) HINSCHIUS, p. CLII.

nato quanto riguarda lo spazio da frapporsi tra reintegrazione ed accusa, di cui parleremo di poi.

Del resto gli atti del Sinodo romano sono quelli che diedero il maggiore contributo di frasi, ed anche di semplici parole, alla raccolta Ps. Isidoriana.

Vedemmo di già come il cap. 17 dell'Add. iv ai Capitolari di Benedetto Levita e il quasi identico cap. v dei *Capitula Angilramni* non fossero altro che una più ardita amplificazione di quelli. Ora dai passi di Benedetto e di Angilramno sono tratti in gran parte il cap. xx dell'ep. di Fabiano, il cap. x dell'ep. di Felice I, in cui però si incontrano parecchie rilevanti novità, il cap. iv dell'ep. di Gaio, il cap. viii di Marcello.

Il cap. 5 della stessa Add. iv, dopo essere stato riprodotto nel cap. vi dell'Ep. di Stefano, ha dato molte frasi ai passi pseudo-isidoriani, e specialmente le frasi, di cui già notammo l'importanza, *qualibet occasione, crimen obici, quocumque ingenio*, le quali si incontrano assai di frequente. Ma specialmente l'ultima parte del cap. 5, quella che contiene la manipolazione di un frammento della *Lex Rom. Wisigoth.* (III, 5, 7), ossia del cap. 103 (Add. III) di Benedetto, e che riguarda i frutti, fu adoperata dallo Pseudo Isidoro insieme alle fonti genuine.

Infatti dall'Add. iv è tolta la espressione dell'Ep. di Stefano *ante captam accusationem*, e dalla fonte la frase dell'Ep. di Eusebio, dell'Ep. di Giovanni I, e del v Sinodo romano: *ante litem contestatam*.

La frase del libello apologetico di Ennodio « non est privilegium quo expoliari possit iam nudatus », di cui Benedetto aveva fatto un Capitolo speciale, cioè il cap. 8 dell'Add. III, dallo Pseudo Isidoro è di nuovo incorporato come semplice motivo dove parla dello spoglio dei vescovi nell'Ep. di Eusebio, nel v Sinodo, nell'Ep. di Giovanni I (1).

Ma altre fonti, che Benedetto e l'autore dell'Add. iv e dei *Capitula* non avevano per anche usate o avevano rispettate, lo Ps. Isidoro piegò ai suoi intenti.

(1) HINSCHIUS, p. CLVII.

Benedetto aveva lasciato il suo vero senso alla legge famosa di Valentiniano, cioè al passo della *Lex Rom. Wisigoth.* (VIII, 1, 2), che egli riprodusse nei cap. 161 e 353 del lib. II:

« Quicumque violenter expulerit possidentem, priusquam pro ipso iudicis sententia procedat, si causam meliorem habuerit, ipsam causam de qua agitur perdat. Ille vero qui violentiam pertulit, universa in statu quo fuerant, recipiat, quæ possedit et securus teneat. Si vero illud invasit quod per iudicium obtinere non potuit et causam amittat et aliud tantum quantum invasit, reddat expulso ».

Lo Pseudo Isidoro invece lo falsificò e ne trasse un argomento a sostegno della eccezione di spoglio; poichè nell'Ep. di Eusebio, nel Sinodo V, nell'Ep. di Giovanni I, dopo altre testimonianze, aggiunge: « Et alibi scriptum habetur: Ille qui violentiam pertulit universa in statu quo fuerant recipiat, et quæ possedit securus teneat ».

Da una fonte pure non adoperata da Benedetto è tolto il passo, che viene immediatamente dopo, e che, passato nelle raccolte canoniche posteriori, diede uno dei suoi nomi all'istituto generale, da cui si intitola il nostro lavoro; esso è il canone famoso: *Redintegranda*.

Lo Ps. Isidoro lo riallaccia al passo precedente con le parole: *Et alibi in sinodalibus patrum decretis et regum edictis legitur statutum*.

Una frase quasi identica si incontra nell'intestazione dell'Add. IV ai capitolari di Benedetto: ove si dice: *Sequentia quædam capitula ex sanctorum patrum decretis et imperatorum edictis colligere curavimus ecc. (1)* ». La fonte a cui attinsero l'autore dell'Add. IV e lo Ps. Isidoro sono i *Gesta Aldrici*, ove al cap. LI è scritto: *Constitutum est a sanctis patribus et bonis imperatoribus et lege decretum ecc. (2)*.

Infatti lo Pseudo Isidoro ha ancora tratto partito di un passo che segue immediatamente nei *Gesta Aldrici*, e che questi ave-

(1) *Cap. Ben. Lev.*, p. 146.

(2) *Gesta Aldrici*, Ed. Mansi, p. 119. Vedi SIMSON, *Die Entstehung des Ps. Isidorischen Fälschungen in Le Mans*, p. 85.

vano alla lor volta tolto dalle raccolte di leggi romane in uso nel regno Franco.

Nell'*Epitome Aegidii, Pauli, Sent.* 1, 7, 2; *Interp. Hænel*, p. 344, è scritto: « Redintegrandum est a præsentibus iudicibus et » in eius unde abscessit potestate revocandum, quod quacumque » conditione temporis, aut dolo, aut captivitate, aut fraude, aut » virtute maiorum, aut per quamcumque iniustam necessita- » tem substantiam suam, aut statum ingenuitatis perdidisse no- » scantur ».

Da questo passo, o come più verosimilmente pensa il Hænel (1) dal passo corrispondente della *Scintilla*, che andò perduto, è tolto il brano di cui già dicemmo dei *Gesta Aldrici* e che sta al cap. LI:

« Redintegrandum est a præsentibus iudicibus et in eius unde » abscessit potestate revocandum, quod quacumque conditione » temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute maiorum ti- » more faciente deperierit (2) ».

Lo Ps. Isidoro tolse da questo brano, e non direttamente dall'*Epitome* di Egidio (poichè come i *Gesta Aldrici* esso ha tralasciato dopo *virtute maiorum* la frase *aut fraude* che s'incontra nell'*Epitome*), i materiali della sua disposizione più famosa, quella che poi restò come il caposaldo del nostro istituto, e che gli diede anzi uno dei suoi nomi (3):

« Redintegranda sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis » præsentialiter ordinatione pontificum et in eorum unde absces- » serunt loca funditus revocanda quacumque conditione temporis » aut dolo, aut captivitate, aut virtute maiorum, aut per quas- » cumque iniustas causas res ecclesiæ, vel proprias aut substan- » tias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regula- » rem ad sinodum vocationem eorum, et reliqua ».

Questo passo si incontra in fine del cap. XII dell'*Ep.* di Eusebio, nel Sin. V di Simmaco, nell'*Ep.* di Giovanni I.

(1) HÆNEL, *Lex Rom. Wisig.*, p. xxvii, n. 50, 344.

(2) *Gesta Aldrici*, Ed. Mansi Lucæ, 1761; BALUZII, *Miscellanea*, tom. I.

(3) BRUNS, p. 141-142; GÖRCKE, p. 61, not. 2; SIMSON, op. cit. p. 84.

Lo Pseudo Isidoro ha infine manipolato un passo della *Historia ecclesiastica* di Eusebio (IV, 17) riguardante il caso di una moglie accusata dal proprio marito.

Il caso riferito da Eusebio è il seguente: Una donna, già di facili costumi, dopo la sua conversione al Cristianesimo non vuole più piegarsi alle esigenze troppo scostumate del marito, e lo abbandona. Il marito, per vendicarsi, l'accusa come Cristiana. Essa ottiene dall'imperatore una dilazione al suo giudizio:

« Et illa quidem libello tibi oblato, sacratissime imperator, »
 » postulavit ut prius rei familiaris procurandæ atque adminis- »
 » trandæ sibi facultas daretur, ac deinde rebus domesticis recte »
 » constitutis, accusationi responsuram se esse pollicita est. Id- »
 » que tu mulieri permisisti (1) ».

Lo Pseudo Isidoro così si esprime:

« Unde et historia ecclesiastica ab Eusebio Cesariensi epi- »
 » scopo confecta, de muliere quadam quæ pro castitate a marito »
 » accusabatur ait: Præceptum vel inditum est ab imperatore »
 » lege lata, ut primo permetteretur ei rem familiarem libere »
 » diutius ordinare, tunc deinde responderet obiectis ».

E conchiude:

« Si enim de mulieribus et sæcularibus hominibus hæc con- »
 » stituta sunt, multo magis æcclesiasticis viris et sacerdotibus »
 » sunt concessa (2) ».

Lo Pseudo Isidoro non a caso sostituisce a quella di essere Cristiana l'accusa di incontinenza, che era stata invece il motivo per cui la moglie aveva abbandonato il marito, e tace affatto intorno all'elemento essenziale del precedente spoglio, poichè nulla di simile era avvenuto nel caso citato. Il quale non ha quindi nessun valore per la tesi dello Ps. Isidoro (3).

(1) EUSEBII PAMPHILI, *Ecclesiast. Hist.*, lib. IV, cap. 17. Edit. Valerii, August. Taurin. 1766, p. 152.

(2) *Præf.* cap. VI.

(3) BRUNS, op. cit. p. 143.

§ 2.

Al nostro istituto è derivato il nome di *exceptio spoli*, perchè gli scrittori, andando un po' per la maggiore, hanno sempre considerato come una vera e propria eccezione il privilegio che nello Ps. Isidoro è attribuito ai vescovi.

Parlando di Benedetto Levita abbiamo dimostrato come non vi si tratti di una eccezione, ma di uno speciale *officium iudicis*, il quale può in certi casi venir provocato da una eccezione sollevata dal convenuto stesso. L'esame dei testi più numerosi dello Ps. Isidoro ci conferma sempre più in tale opinione.

Già il Bruns (1) e il Goecke (2) da un esame più attento dei passi Ps. Isidoriani erano venuti a questa conclusione, che due fossero i precetti in essi contenuti, l'uno ben distinto dall'altro:

a) Un vescovo spogliato non può essere sottoposto ad accusa prima che gli vengano restituite compiutamente le cose sue.

b) L'autorità giudiziaria prima di ammettere l'accusa provveda essa stessa a che sia fatta tale restituzione.

Il primo di questi precetti risulta da tutti i passi sopra enumerati, e specialmente dalle parole:

« Nullus si suis est rebus spoliatus.... antequam omnia ei res-
» tituantur.... iuxta canonicam accusari, vocari, iudicari aut
» dampnari institutionem potest (*Præf. c. 6*) ».

« Nemo pontificum aliquem suis rebus expoliatum episcopum
» excommunicare aut iudicare præsumat (*Sixti I, ep. 2; Sixti*
» *II, ep. 2, cap. vi*) ».

« Nullus episcoporum, dum suis fuerit rebus expoliatus....,
» debet accusari aut a quoquam potest ei crimem obici, prius-
» quam integerrime restauretur (*Steph., ep. 2, cap. vi*) ».

« Quos (rebus suis expoliatos) scias nec ad sinodum com-
» provincialem nec ad generalem posse vocare nec in aliquo iu-
» dicare antequam cuncta.... redintegrentur. (*Euseb., ep. 2,*
» *cap. xi, Syn. V sotto Simm., Ioan. I, ep. i*) ».

(1) BRUNS, op. cit. p. 146.

(2) GOECKE, op. cit. p. 61.

Il secondo precetto risulta in modo speciale da queste espressioni:

« Nullatenus a quoquam respondere rogetur (cogatur) antequam integerrime omnia.... potestati eius *ab honorabili concilio* legali ordine redintegrentur ». (*Fel. I*, Ep. 2, cap. x; le parole: *ab honorabili concilio* si trovano pure in *Iul.*, Ep. 2, cap. xix.).

« Redintegrandi sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis » præsentialiter *ordinatione pontificum*.... ante accusationem » aut regularem ad sinodum vocationem (*Euseb.*, Ep. 2, cap. xii; *Syn. V* sotto *Simm.*; *Ioan. I.*, Ep.) ».

« Nullus episcoporum... debet accusari... priusquam... propriæ sedi... reddatur, ita ut omnes possessiones... *primales et synodus* episcopo... funditus restituant » (*Steph.*, Ep. 2, cap. vi) ».

« Omnia sublata.... perceptor vel *primas* possessori restituat » (*Euseb.*, ep. 2, cap. xii, *Syn. V* sotto *Sim.*, *Ioan.*, I, ep.).

Il Bruns (1) collegherebbe fra di loro le due disposizioni secondo questo concetto, che la prima conferisca ai vescovi il diritto all'eccezione, e la seconda uno speciale diritto di azione, con cui possono ottenere dall'autorità di venir reintegrati, e che dipende dall'eccezione. Egli conchiude quindi che i vescovi non possono ottenere la dilazione dell'accusa e la reintegrazione nel possesso delle cose loro per cura della stessa autorità, se non sollevano in *limine litis* l'eccezione, che ad essi compete.

Una osservazione non possiamo trascurare, prima di vedere se l'opinione del Bruns sia attendibile; ed è che secondo lui dovrebbe farsi risalire fino alla Raccolta Ps. Isidoriana l'origine di una azione sussidiaria all'*exceptio spoli*, azione, la quale per essere anch'essa dipendente da una spogliazione ingiusta, potrebbe di già meritare il nome di *actio spoli*.

Ma l'opinione del Bruns è, come dimostrò il Goecke (2), senza fondamento.

Anzitutto in nessuno dei passi che si riferiscono al nostro argomento è fatto anche lontanamente accenno alla necessità che

(1) BRUNS, op. cit. p. 148.

(2) GOECKE, op. cit. p. 62.

sia proposta l'eccezione, perchè si possa dal sinodo respingere l'accusa e procedere alla reintegrazione dello spogliato.

Inoltre, se fosse necessario che lo spogliato proponesse l'eccezione, egli non potrebbe farlo che dinnanzi al Sinodo. Ora in molti luoghi (*Euseb.*, ep. 2; *Syn.* V sotto Sim.; *Felic.* II, ep. 1, cap. III, IV, IX) è vietato appunto che il vescovo spogliato possa venir chiamato innanzi al Sinodo, prima che gli sian restituite le cose sue; il che rende impossibile il proporre l'eccezione.

Ancora; in molti passi è imposto al giudice di non permettere che lo spogliato risponda all'accusa (*Felice I*, ep. 2, cap. x; *Zeph.*, ep. 2, cap. XI; *Sixti I*, ep. 2; *Sixti II*, ep. 2), e in molti altri è fatta a quest'ultimo severa proibizione di rispondere:

« nec prius eos (episcopos eiectos) respondere debere » (*Zeph.* ep. 2, cap. XII).

« nec liceat eis.... respondere » (*Marcell.*, ep. 2, cap. VIII).

« nec respondere emulis debent » (*Felic.* II, ep. 1, cap. IV).

Un solo passo sembra contraddire a quest'ultima disposizione, ed è il cap. XX dell'ep. 2 di Fabiano, ove a prima giunta pare che si dica non poter i vescovi essere costretti a rispondere alle accuse *nisi sponte elegerint*.

Il Goecke (1) aveva già osservato a questo proposito, che ad ogni modo il permettere ai vescovi di rinunciare ad una disposizione di legge ad essi favorevole non significa già che, nel caso che essi non intendano di rinunziarvi, debbano proporre l'eccezione. Ma, da un esame più attento del passo in questione, e dal confronto del medesimo con altri passi analoghi, in cui è fatto uso delle stesse espressioni, a me apparve evidente che quelle parole *nisi sponte elegerint* si debbano riferire al momento che vien dopo la reintegrazione e non a quello che sussegue lo spoglio; e che quindi non contradicano al divieto fatto in altri passi al vescovo di rispondere. Infatti in altri luoghi della raccolta Ps. Isidoriana è detto che i vescovi dopo la reintegrazione non possono venir senz'altro tratti in giudizio, ma che

(1) GOECKE, op. cit. p. 63.

si deve lasciar loro un termine perchè provvedano comodamente alle proprie cose, e attendere finchè essi credano bene di presentarsi spontaneamente innanzi al tribunale: « nec iudicari poterit, nisi ipse pro sua necessitate, minime tamen iudicandus, *advenire sponte elegerit* » (*Felic. I, Ep, cap. x*).

Il passo di Fabiano è alquanto difettoso nella dicitura, ma dal confronto col precedente (ove tre idee, o meglio tre privilegi sono concessi ai vescovi: *a*) di venir reintegrati; *b*) di non poter essere accusati se non dopo uno spazio congruo; *c*) anzi di non poter esser tratti in giudizio se non quando essi lo credano opportuno), appare assai chiaramente come lo Ps. Isidoro, dopo aver fatto dire da Fabiano: « *antequam et proprius locus et sua omnia ei legibus redintegrentur, nullatenus a quoquam accusarentur aut criminarentur...* », si portò col pensiero al momento che immediatamente susseguiva la reintegrazione, e dispose: « *et nisi sponte elegerint, cuiquam pro talibus responderent* ». E completando la sua disposizione conformemente ai principî già da esso posti altrove, aggiunse: « *sed postquam restituti fuerint.... magnum spatium tractandi causa eis concederetur* ».

Ora l'imporre al giudice di non permettere al vescovo di rispondere alle accuse, e il proibirlo a quest'ultimo ripetutamente ed esplicitamente (proibizione a cui il disposto dell'epistola di Fabiano isolato e incerto non può ad ogni modo togliere valore) distruggono assolutamente l'ipotesi del Bruns, che l'applicazione dei principî sanciti dalle decretali sopracitate dipenda dal fatto, lasciato al libero arbitrio del vescovo, ch'egli proponga o no l'eccezione.

Del resto tutte queste decretali, e specialmente il celeberrimo canone *Redintegranda*, che è nella dicitura il più assoluto ed esplicito, suonano come un divieto perentorio, ispirato a principî d'ordine pubblico, a cui il giudice non può derogare sotto pena di nullità.

Quindi tutto ciò non appartiene al convenuto, ma al giudice; non dobbiamo, come il Bruns, porci dal punto di vista di quello e dire che egli dopo il patito spoglio può:

a) con una eccezione ottenere la sospensione dell'accusa mossa contro di lui;

b) con una azione ottenere che il giudice lo reintegri; ma bensì ponendoci dal punto di vista del giudice (come il fatto stesso di trattarsi in tutti i passi discussi non di uno spoglio e di una reintegrazione qualunque, ma di uno spoglio e di una reintegrazione collegati con una accusa criminale contro di un vescovo, ci impone di fare) diremo che egli, allorchè innanzi al suo tribunale è accusato di un qualche crimine un vescovo, che gli consti esser stato spogliato delle cose sue, dovrà:

a) respingere l'accusa;

b) procedere di ufficio alla reintegrazione del vescovo; e che solo dopo ciò, e dopo trascorso un termine congruo, egli potrà accogliere le domande degli accusatori e giudicare della controversia.

Qui non si tratta perciò nè di una eccezione, nè di una azione, ma solamente di un obbligo dell'autorità giudiziaria, di un *officium iudicis*.

Ammettiamo, come già dicemmo, che il vescovo possa con una eccezione provocare egli stesso il provvedimento, in caso di negligenza dell'autorità; ma questo non è punto il caso normale preveduto dalla legge. Onde possiamo concludere che se l'eccezione di spoglio si può nel senso tecnico della parola considerare già come esistente di fatto in casi eccezionali, l'azione sussidiaria di spoglio non esiste invece ancora.

Quale fondamento giuridico lo Ps. Isidoro dà al nostro istituto?

Il Walter (1) sostiene essere il principio, che l'esecuzione non deve precedere il giudizio.

Il Bruns (2) dice infondata l'opinione del Walter e pensa che tutto l'istituto si fondi su questo concetto: non poter un vescovo privato del suo seggio lottare a parità di condizioni coi suoi avversarî.

Il Goecke (3) riconosce che dalle fonti genuine è posto innanzi il primo concetto, ma crede che lo Ps. Isidoro vi abbia sosti-

(1) WALTER, *D. ecclesiastico*, § 98, x, trad. Benelli, p. 184.

(2) BRUNS, *op. cit.* p. 144.

(3) GOECKE, *op. cit.* p. 65.

tuito il secondo, perchè da lui inventato e perchè esso costituisce un principio giuridico più generale.

Il concetto, sostenuto dal Bruns, è tratteggiato in due soli passi dello Pseudo Isidoro:

« Scimus enim homines inermes non posse cum armatis rite
» pugnare, sic nec illi qui eiecti aut suis bonis sunt expoliati
» cum illis qui in suo stant gradu et suis fruuntur amicis at-
» que bonis, litigare rite non possunt. (*Dam.*, Ep. ad Afros,
cap. XIII).

» Nulla enim permittit ratio, dum ad tempus eorum bona
» vel ecclesias atque res ab emulis aut a quibuscumque deti-
» nentur, ut aliquid illis obicere debeat, nec quicquam potest
» eis quoquo modo quilibet maiorum vel minorum obicere, dum
» ecclesiis vel rebus aut potestatibus carent suis » (*Fabianus*,
Ep. 2, cap. xx).

Si avverta ancora che questo ultimo passo accenna al nostro concetto solo in modo indiretto, e che riceve luce unicamente da quello che precede.

Il principio invece, che l'esecuzione non deve precedere il giudizio, è ricordato in vari luoghi della Raccolta Pseudo Isidoriana, e sotto varie forme. A sostegno dell'*exceptio spolii* è citato il Capitolare noto di Benedetto:

« Adimi namque episcopo episcopatum antequam causæ eius
» exitus appareat nulli christiano vederi iure potest » (*Felic.*
1, ep., cap. x).

E il passo già tanto usufruito del libello apologetico di Ebone:
« non est privilegium quo expoliari possit iam nudatus ».

Il quale si trova in sei luoghi, cioè nelle Ep. di Sixto I e di Sixto II, nell'Ep. di Giulio (cap. XII), nell'Ep. di Eusebio e di Giovanni I, negli atti del V sinodo sotto Simmaco.

Inoltre nel cap. II dell'Ep. di Eleuterio è detto:

« Nec in eorum ecclesiis alii aut preponantur aut ordinentur,
» antequam hic eorum iuste terminentur negotia ».

E nel cap. II dell'Ep. di Melchiade:

« Primo semper omnia diligenter inquisite, et cum iustitia
» et veritate definiatis. Neminem condempnetis ante verum et
» iustum iudicium ».

A torto quindi il Bruns negherebbe assolutamente che a questo principio abbia pensato lo Ps. Isidoro. Quanto poi all'idea del Goecke, che, essendo l'uno dei due principî passato allo Ps. Isidoro dai testi genuini, e l'altro messo innanzi da lui, questo ultimo si debba considerare come il vero fondamento giuridico del nostro istituto nella famosa Raccolta, non mi pare sufficientemente motivata; infatti lo Ps. Isidoro all'antico principio fa richiamo sette od otto volte, al nuovo due volte sole, di cui una è ancora assai incerta; il che prova come egli non intendesse punto di rinunciare al fondamento, che altri aveva già dato all'istituto, introducendo in questa parte una radicale innovazione.

Del resto, anche prescindendo dal fatto per noi decisivo che lo Pseudo Isidoro non poteva senz'altro rinnegare il principio su cui esclusivamente si appoggiavano gli autori precedenti con lui così strettamente uniti dai comuni intenti e dalle idee comuni, ci è parso che dall'esame di alcuni passi dei falsificatori si possano trarre dei dati sufficienti, per affermare che il principio della uguaglianza delle parti in giudizio è nato non solo dopo assai che l'eccezione esisteva di già fondata unicamente sull'altro principio di diritto, ma anche da un ordine di idee affatto secondario. Dalla massima, che l'esecuzione non deve precedere il giudizio, è sorta e si è formata, come vedemmo, l'eccezione di spoglio; da alcune particolarità di questa ebbe la sua origine con un procedimento del tutto inverso la massima della uguaglianza delle parti. Infatti Benedetto Levita nello stabilire per il primo al cap. 116 del lib. III che dopo la reintegrazione fosse concesso un termine congruo ai vescovi prima di trarli in giudizio, così si esprimeva: *non subito, sed diu, dispositis ordinatisque suis*. E ciò a quale scopo? Evidentemente perchè ben disposte ed ordinate le cose loro, essi fossero in grado di lottare a parità di condizioni cogli avversari. Eppure in nessun passo di Benedetto traspare anche lontanamente l'idea che egli voglia porre questa parità di condizioni come fondamento giuridico dell'istituto, poichè all'altro principio unicamente egli fa ripetutamente richiamo. Lo Ps. Isidoro, nel riprodurre da Benedetto la disposizione tanto favorevole ai

vescovi, ne aveva già meglio determinato lo scopo con le parole dell'epistola di Felice II *suis dispositis et ad suam necessitatem preparatis*, e con le parole *viribus pleniter resumptis* dell'epist. dei vescovi Africani a Damaso, le quali accennano esplicitamente alla lotta giudiziale futura; ma con maggiore evidenza ancora, se pure è possibile, egli manifesta il suo concetto nel cap. XIII dell'epistola di papa Damaso *ad Afros*, ove dice: *resumptis viribus et suis potestatibus fruuntibus rebus, amicisque et dei servis sapientibus consulentibus*. Qui nessuna delle armi per il futuro processo è dimenticata: i poteri, le cose, gli amici, i consiglieri sapienti. Chi vorrà negare, di fronte ad una così naturale successione di idee e a tanta somiglianza di espressioni, che il passo famoso: «*Scimus enim* » *homines inermes non posse cum armatis rite pugnare, sic nec* » *illi qui eiecti vel suis bonis sunt expoliati cum illis qui in* » *suo stant gradu et suis fruuntur amicis atque bonis, litigare* » *rite non possunt* », il solo passo, in cui il principio della uguaglianza delle parti in causa sia posto a base dell'eccezione, e che (si noti questa particolarità) viene in seguito nello stesso cap. XIII dell'Ep. di Damaso, si debba non ad un concetto aprioristico, a cui lo Pseudo Isidoro abbia voluto informare tutto il suo istituto, ma ad una idea natagli, sto per dire, sussidiariamente, cioè come naturale compimento di quella, che l'eccezione non deve precedere il giudizio?

Quanto all'altro pensiero del Goecke, che il principio dell'uguaglianza delle parti in causa si debba preferire a quello della precedenza del giudizio sull'esecuzione, perchè più generale, si può osservare come, se è ancora assai discutibile la loro maggiore o minore ampiezza, ad ogni modo l'uno non è compreso nell'altro, e non hanno punto la loro sfera d'azione nella stessa cerchia di rapporti giuridici.

Nulla impedisce, a nostro avviso, che l'uno e l'altro si considerino contemporaneamente come fondamento giuridico dell'istituto. Lo Ps. Isidoro all'antica massima, che giustificava l'eccezione nei rapporti fra il reo e il giudice, avrebbe secondo noi aggiunta quella da lui immaginata, che la convalidava nei rapporti delle parti fra di loro.

Queste due massime non si contraddicono punto, ma si integrano a vicenda, convergendo al medesimo scopo, che è la regolarità del giudizio.

È troppo naturale del resto che un falsificatore, non solo non isdegni, ma si aggrappi avidamente a qualsiasi argomento che possa essere di sostegno alla sua tesi; tanto più quando egli non è mosso da una convinzione d'indole scientifica, che lo potrebbe rendere diligente e difficile nello stabilire la vera ragion giuridica delle cose, ma da moventi di sola opportunità.

In favore di quali persone deve il giudice applicare l'eccezione di spoglio?

Lo Ps. Isidoro, più recisamente ancora che non l'autore dell'Add. iv ai Capitolari di Benedetto, e dei *Capitula Angilramni*, afferma contro la verità che essa era già in vigore secondo il diritto civile, e che questo la concedeva a tutti senza nessuna distinzione (*Præf.*, c. vi; *Steph.*, cap. vi; *Zeph.*, cap. xi ecc.; *Dam.*, ep. ad Af., cap. xiii).

Evidentemente lo Pseudo Isidoro intende di accennare alle disposizioni severe contro gli ingiusti spogli, che non mancarono mai in nessuna legge secolare, e di cui egli adoperò per i suoi fini qualche brano disperso.

Secondo il diritto ecclesiastico la cosa sarebbe stata invece assai diversa. I soli vescovi avrebbero avuto diritto alla eccezione, e dei soli vescovi infatti parlano la maggior parte dei testi Ps. Isidoriani relativi al nostro argomento. Si potrebbe osservare che una logica imparziale avrebbe dovuto spingere lo Ps. Isidoro, dopo l'impostura riguardante il diritto civile, ad estendere almeno a tutti gli ecclesiastici la disposizione del diritto canonico in favore dei vescovi; ma oltre che lo scopo dei falsificatori era di migliorare la condizione giuridica dei vescovi e non del rimanente clero, bisogna anche considerare che la sanzione legislativa di un privilegio così ampiamente esteso avrebbe incontrata troppo grave opposizione. Non si può dire però che a tale ineguaglianza di trattamento non abbia pensato lo Pseudo Isidoro; chè anzi in alcuni suoi brani sembra che egli abbia voluto ad arte preparare ad un falsificatore avvenire il modo di estendere l'eccezione a tutto il

clero. È notevole infatti come egli metta l'obbiezione stessa, che noi abbiamo fatta, in bocca ai padri Africani nella lettera al pontefice Damaso, da lui inventata, ove è detto:

«...pateat nobis,beatissime pater, aut si liceat hos (epi-
» scopos) *vel alicos* (aliquos) *etiam minorum graduum cleri-*
» *cos* nisi legitimo canonicae tempore vocatos.... vel suis sedi-
» bus eiectos, aut suis rebus expoliatos, vocare ad synodum vel
» damnare, quia legimus eos non posse canonicae ad synodum
» ante suamrestitutionemvocari».

Se la lettera fosse genuina, la difficoltà sollevata dai padri d'Africa non mancherebbe già di una certa importanza; ma essa acquista un valore affatto speciale da ciò, che la lettera è tutta una invenzione dello Ps. Isidoro. Per tal modo infatti l'obbiezione risulta messa innanzi a bella posta da lui; e la sua intenzione di vederla risolta in senso favorevole al resto del clero traspare dal fatto stesso di averla sollevata e poi anche dall'averla inserita in uno scritto dei vescovi Africani; il che egli fece per prudenza anzitutto e poi anche probabilmente per dar modo ad un futuro falsificatore di sostenere che essa era tra le consuetudini della Chiesa africana.

In altri luoghi ancora della Raccolta fa capolino questo suo intendimento. Al cap. iv dell'epistola di Gaio, che è pure una sua invenzione, è detto specificatamente: «Et si quis episcopus, presbiter aut diaconus vel quilibet clerici....»; e si stabilisce che chi li accusa deve addurre dei documenti, poichè se alcuno non riesce a provare le accuse mosse contro *huiusmodi personas* incorre nell'infamia; alle quali disposizioni vengono aggiunte in generale, senza cioè nessuna restrizione in favore dei vescovi, le seguenti parole: «Nam qualiter ad concilium veniatur, aut qualiter de suis rebus expoliatis vel eiectis, a sedibus propriis ecc...» con tutte l'altre note massime intorno all'eccezione di spoglio. Però è notevole come neppure qui non si affermi esplicitamente che essa competa anche al clero minore, ma la cosa sia messa in una enumerazione di una ambiguità non casuale certo, e sotto forma di citazione di quanto avevano a proposito di tali accuse stabilito gli apostoli e i pontefici predecessori.

La stessa ambiguità, probabilmente voluta, regna nell'Ep. di papa Marcello; ove questi, dopo aver nei capi precedenti raccomandati a Masenzio in genere tutti gli *ecclesiae servi, nos et omnes domini sacerdotes, dei sacerdotes*, al cap. VIII aggiunge che del resto i santi apostoli hanno proibito che si rechi molestia ai *laborantibus dominico in agro*, o che si caccino gli *aeterni regis dispensatores*, poichè se saranno cacciati dovranno esser reintegrati prima che tratti in giudizio. Non vi è quindi neppure in questo passo nulla che autorizzi a limitare l'eccezione ai vescovi; anzi la genericità della espressione vi si opporrebbe assolutamente, se non fossero le altre numerose disposizioni in contrario.

Le quali appunto, se ci impediscono di affermare che lo Ps. Isidoro abbia fatto partecipi del beneficio dell'eccezione tutti gli ecclesiastici, non ci tolgono però di credere che ciò fosse almeno nei suoi desideri.

Tale estensione del resto sarebbe stata conforme alla disciplina ecclesiastica anteriore, poichè durante tutto il periodo, in cui l'eccezione sussistette non sanzionata da una apposita disposizione di legge, non veniva fatta nessuna restrizione. Furono i primi falsificatori francesi quelli che volsero ad esclusivo vantaggio dei vescovi e modificarono quanto era stato loro tramandato dalla consuetudine anteriore; ma lo Ps. Isidoro già accenna a riaccostarvisi.

La causa, da cui nasce l'eccezione, è qualsiasi ingiusta privazione, qualsiasi spoglio. Lo Ps. Isidoro si vale per lo più del verbo *expoliare* che ha un molto largo significato figurativo; e ad esso accompagna indifferentemente i verbi: *expellere, auferre, ejicere, opprimere, pellere, subferre, perdere, invadere, subripere, defraudare, ecc.* E sebbene in alcuni passi sembri voler limitare i casi, in cui si debba procedere alla restituzione, alla violenza: *violentiam pertulit* (Euseb., cap. XII, ecc.), o alla violenza ed al timore: *vi aut terrore, vi aut timore pulsus* (Felic. II, cap. IV, V, IX; Praef., cap. VI), o alla violenza e al dolo: *vi aut dolo* (Syn. V sub Sym.); in altri luoghi però accenna esplicitamente a qualsiasi ingiusta spo-

gliazione con le parole già usate nelle precedenti collezioni: *qualibet occasione, quocumque modo, ingenio* (*Steph.*, Ep., cap. VI; *Syn. V sub Sym.*), e con il disposto della Ep. di Euseb., dell'Ep. di Giov. I e degli Atti del V Sinodo:

« Redintegranda sunt omnia expoliatis veleiectis episcopis... » quacumque conditione temporis aut dolo aut captivitate, aut » virtute maiorum aut per quascumque iniustas causas res ecclesiae vel proprias.... perdidisse noscuntur ».

Ciò del resto, come dimostrammo di già parlando di Benedetto Levita, è un portato necessario del principio che sta a fondamento dell'eccezione di spoglio.

Dal complesso delle disposizioni Ps. Isidoriane appare tuttavia come una restrizione si debba fare al requisito dello spoglio, la quale non tocca gli elementi suoi costitutivi, ma si riferisce unicamente alla sua misura. Infatti, non per la privazione di ogni singola cosa tolta ingiustamente dovrà il giudice procedere alla reintegrazione, ma occorre che lo spoglio abbracci, come già notammo negli autori che precedettero, o tutto o la maggior parte del patrimonio della Chiesa o del vescovo. Il che risulta dalle frasi: *nudi, inermes, expoliati episcopi*, e dalle frasi: *suis rebus, sua sede, sua ecclesia, sua omnia, cuncta, integerrime, funditus, ecc.*, che si incontrano sempre quando si tratta del nostro istituto; mentre non è fatta mai menzione della restituzione di una cosa speciale; il singolare, fuorchè per le parole indicanti una universalità di cose, come: *sede, ecclesia*, non è mai usato.

Anche questa restrizione trova la sua ragione nel principio fondamentale dell'eccezione di spoglio, poichè non si può dire che non possa lottare a pari condizioni chi è spogliato di una cosa singola.

Alla deiezione e allo spoglio, è, come già nell'Add. IV ai Capitolari di Benedetto e nei *Capitula* di Angilramno, pareggiato il sequestro della persona del vescovo per parte dei suoi diocesani:

« Aut in detentione aliqua a suis ovibus fuerit sequestratus » (*Felic. I*, Ep. cap. X).

Come per la natura dello spoglio, così pure per quella delle cose tolte non viene fatta nessuna restrizione; chè anzi le espressioni usate abbracciano tutto ciò di cui si poteva spogliare un vescovo. È detto espressamente nulla importare che le cose tolte appartengano al patrimonio della chiesa o a quello personale del vescovo: *res ecclesiae vel proprias* (Euseb., Ioan. I, Ep., Act. V, Synod.).

I passi Ps. Isidoriani impongono di restituire *sedes proprias cum omnibus ad se pertinentibus* (Marcell., Ep. 2, cap. VIII), *ecclesias cum omni privilegio suo* (Euseb., Ep., cap. XI ecc.) e di reintegrare *statui pristino cum omni honore* (Felic. I, cap. X). Si parla in genere di *omnia quae amiserant*, di *cuncta ablata*, di *res* e poi più specificatamente di *omnes possessiones* (Steph., cap. VI; Euseb., Ioan. I, Ep.; Act. V, Syn.), di *substantias suas* (Euseb., Ioan. I, Ep.; Act. V, Syn. sub Sym.), di *potestas* (Fabian., Ep., cap. XX), di *supellectilia* (Zeph., Ep. II, cap. XI), e finalmente di *fructus omnes ante caeptam accusationem* (Steph., cap. VI), *ante litem contestatam* (Euseb., Ioan. I; Act. V, Syn.).

Se lo spoglio è la causa ultima della reintegrazione, la causa determinante ne è invece un'accusa criminale mossa contro lo spogliato; cioè l'autorità giudiziaria non dovrà procedere senz'altro a reintegrare lo spogliato, ma è necessario che l'opera sua sia provocata dalla mozione di un'accusa contro di lui. Non occorrono citazioni di passi, poichè tutti quelli che trattano del nostro istituto concordano perfettamente nel subordinare la restituzione delle cose tolte alla presentazione dell'accusa criminale. Questa restrizione è di grande importanza, e ci servirà a determinare la vera essenza del nostro istituto.

Che si tratti poi di una accusa criminale, è sufficientemente provato dalla parola *crimen*, che si incontra in quasi tutti i brani sopracitati. Non parmi si possa accettare l'opinione del Goecke (1), il quale dal solo fatto, che lo Ps. Isidoro si valse del passo della *Lex Rom. Wisighot: fructus ante litem contesta-*

(1) GOECKE, op. cit. p. 66.

tam perceptos ecc., vorrebbe argomentare che la eccezione compete anche nelle cause civili.

Non è data nessuna norma circa il modo di provare il fatto dello spoglio, nè circa la persona, a cui tale prova compete. Il che lascia supporre che sia valido qualunque mezzo per cui il sinodo provinciale ne venga informato.

Quanto al tempo da frapporsi tra la reintegrazione e il giudizio del vescovo spogliato, i passi della raccolta non sono d'accordo fra di loro. Benedetto, che primo aveva dato ai vescovi questo nuovo privilegio, si accontentava di frasi generiche accennanti ad uno spazio congruo, ma indeterminato. Nello stesso senso si esprime lo Ps. Isidoro nella Pref. (cap. vi) e nelle Ep. di Giul., di Felic. II, di Damaso, di Fabiano, di Marcello, dei vescovi Africani a Damaso, ove si incontrano le espressioni: *multo tempore, per spatiosa tempora, magnum spatium, inducias non modicas*; ma in altri passi egli si esprime in modo più esplicito. Nell'Ep. di Pelagio II stabilisce che tale spazio di tempo debba venir fissato dai padri stessi del concilio, da cui fu fatta la restituzione *tempore a patribus præfinito*.

Ma nell'Ep. di Felic. II, cap. ix, nell'Ep. di Euseb., cap. xi, in quella di Giov. I, ecc., senza più tener conto di questa facoltà concessa al concilio, il termine vien fissato dallo Pseudo Isidoro stesso con lo stabilire che esso debba essere uguale a quello che passò tra lo spoglio e la reintegrazione: *et tandim in sede propria pacifice et potestative cuncta disponens resideat, quamdiu expulsus vel expoliatus carere visus est rebus; tantum temporis spatium eis indulgeatur, quantum expoliati vel expulsi esse videntur*. Ma anche di questa più esatta determinazione non è più tenuto conto nell'Ep. di Felice I e di Gaio, ove è detto che tale spazio deve essere di 4, 5, 6, 7 mesi, *infra quatuor vel quinque aut septem menses; indutiæ anniversariæ vel sex mensium indulgendæ*.

Non è fatto accenno a nessun caso, in cui la restituzione debba venir rifiutata. Anzi il Bruns (1) nelle parole *quacumque conditione temporis*, che si incontrano al canone *Redinte-*

(1) BRUNS. op. cit. p. 159.

granda, vedrebbe una esclusione di qualsiasi prescrizione. Il Goecke (1) pensa per contro che ciò non sia punto stato nella mente dello Ps. Isidoro. Noi siamo di questo avviso: anzitutto perchè in un istituto qual è il nostro non è il luogo di parlare di prescrizione; e poi perchè troppo tenue argomento sono quelle sole parole, che lo Pseudo Isidoro pose in fascio con altre espressioni, di non meno incerta significazione.

Si potrebbe finalmente domandare in che modo il sinodo dovesse procedere alla reintegrazione, e con quali mezzi potesse assicurarne il compimento. Il modo non è fissato dallo Pseudo Isidoro. Quanto ai mezzi, se lo spogliatore era un chierico, bastava l'ordine del sinodo; se poi era un laico, la minaccia delle pene ecclesiastiche e della scomunica, ed anche solo le severe ingiunzioni dell'autorità ecclesiastica, di cui non mancano esempi (2), dovevano ottenere lo stesso risultato.

Riassumendo, gli effetti dell'eccezione di spoglio sarebbero due (3):

1° Far cessare immantinente l'accusa criminale mossa contro il vescovo spogliato; qualunque sia la sua entità, qualunque sia la persona che la mosse: « nullatenus a quoquam accusarentur...; nullatenus cuiquam pro talibus responderent...; nec quisquam potest eis quilibet maiorum vel minorum obicere » (*Fabian.*, Ep. 2, c. xx); « neque.... aliquid potest a quoquam.... obicere » (*Pelag.* II, Ep.); « nullatenus a quoquam respondere rogetur » (Ep. *Felic.* I, c. x); « aut a quoquam potest ei crimen obici » (*Seph.*, Ep., c. vi); ecc.

Nulla importa cioè che chi muove l'accusa non sia autore dello spoglio; poichè anche in questo caso sta il principio fondamentale dell'istituto che non si deve far precedere l'esecuzione al giudizio, e che lo spogliato non può lottare a condizioni pari con chi è nel godimento delle cose proprie.

2° Obbligare il giudice a reintegrare d'ufficio il vescovo spogliato; qualunque sia la persona presso cui si trovano le cose

(1) GOECKE, op. cit. p. 69.

(2) *Conc. Coll.*, I, c. 11. Vedi BRUNS, p. 147.

(3) GOECKE, p. 68.

tolte, e qualunque sia l'animo con cui essa le detiene. Potremmo ripetere le considerazioni che già a questo punto abbiamo fatto per riguardo a Benedetto Levita, ma nello Ps. Isidoro troviamo di meglio, cioè una espressa disposizione che le conferma:

« Dum... res ab emulis aut a quibuscumque aliis detinentur »
(*Fabian.*, Ep. 2, cap. xx; *Pelag.* II, Ep. 2).

Ci resta un'ultima questione, la più importante per noi.

L'*exceptio spoli* è un istituto basato sul diritto di proprietà, o sul possesso, o anche sulla nuda detenzione? Oppure, generalizzando la questione, si può essa considerare come un vero rimedio possessorio?

Il Bruns tratta il quesito dal punto di vista soggettivo e dal punto di vista oggettivo. Egli ricerca cioè anzitutto se il vescovo spogliato debba essere *de iure* un vescovo legittimo, e se occorra la prova della sua *canonica institutio*; e in seguito se gli debbano essere restituite soltanto le cose di cui è proprietario, o anche quelle che possedeva o semplicemente deteneva. Circa il primo punto il Bruns osserva che, per quanto i passi Ps. Isidoriani parlino solo di vescovi in modo da lasciar supporre che debbano venir esclusi senz'altro coloro in cui non sia riconosciuta tale dignità, tuttavia non si può credere che la restituzione potesse venir differita da una accusa di usurpazione o di illegittima istituzione contro il vescovo spogliato, perchè ciò avrebbe contraddetto al principio fondamentale dell'eccezione, cioè al principio di porre lo spogliato in grado di lottare con gli avversari, i quali avrebbero con tali questioni pregiudiziali potuto senz'altro distruggere ogni vantaggio derivante dall'eccezione di spoglio (1). Circa il secondo punto egli osserva che, per quanto si incontrino delle espressioni come: *res suæ*, *res propria*, le quali parrebbero riferirsi al diritto di proprietà, esse non possono però prendersi nel loro significato tecnico; e ciò perchè nei brani in cui si incontrano sono per lo più contrapposte alla espressione *res ecclesiæ*, e poi perchè si debbono molto probabilmente alla poca conoscenza che lo Ps. Isidoro dimostra del linguaggio giuridico. Aggiunge il Bruns che le espres-

(1) BRUNS, op. cit. p. 150.

sioni: *omnia quæ ablata fuerant, omnia quæ amiserat, omnes possessiones et omnia sublata possessori restituat, universa... quæ possidet*, e simili, esorbitano dalla cerchia della sola proprietà e accennano indubbiamente al possesso. Il che è provato anche da due considerazioni. Anzitutto il richiedere nei vescovi spogliati la prova del diritto di proprietà sarebbe stato in stridente disaccordo coi grandi favori concessi loro in tutto il resto; e in secondo luogo l'analogia delle leggi romane, che lo Pseudo Isidoro aveva innanzi agli occhi, e da cui tolse alcuni brani che già in esse si riferivano al solo possesso, doveva a lui imporsi e spianargli la via a foggare la sua eccezione nel senso stesso. Anzi il Bruns va più in là e dice che le espressioni *integerrime, cuncta ablata* e le altre simili lascierebbero pensare alla nuda detenzione, se alle espressioni dello Pseudo Isidoro si potesse attribuire tutta la loro apparente portata (1). Egli infine conchiude affermando che il privilegio concesso dallo Ps. Isidoro ai vescovi si deve considerare come un vero rimedio possessorio, consistente in una eccezione e in una azione subsidiaria per riacquistare il possesso delle cose tolte. Secondo lui quindi fin dal secolo nono sarebbe sorto e si sarebbe sviluppato entro la pura sfera del diritto ecclesiastico uno speciale sistema di difesa del possesso, affatto indipendentemente dalle antiche dottrine romane possessorie, senza cioè un effettivo trapasso di quegli elementi dal patrimonio giuridico dei Romani a quello della Chiesa.

A noi però sembra assai più fondata l'opinione contraria del Goecke, il quale, senza punto soffermarsi a combattere le ragioni soprariferite del Bruns, osserva semplicemente che, se i brani della Raccolta Ps. Isidoriana possono dare ad un giurista posteriore materia a dissertare molto acutamente intorno alla proprietà, al possesso ed alla nuda detenzione, nulla di simile però passò mai per la mente dello Ps. Isidoro (2).

Ciò è conforme a quanto sommariamente avevamo già sostenuto a proposito di Benedetto Levita; e noi ci potremmo limi-

(1) BRUNS, op. cit. p. 153.

(2) GOECKE, op. cit. p. 67.

tare a farvi senz'altro richiamo, se l'importanza che la tesi contraria sostenuta dal Bruns ha per il nostro argomento, poichè farebbe risalire al secolo IX l'origine di un'azione possessoria affatto propria della Chiesa, non ci obbligasse ad entrare ora in qualche più minuto particolare.

Si osservi anzitutto come trattandosi nella Raccolta Pseudo Isidoriana non di una vera eccezione e di una azione sussidiaria, ma di un *officium iudicis*, non si potrebbe ad ogni modo parlare di un'azione possessoria, come pensa il Bruns, ma di un *officium iudicis* avente per fondamento il possesso.

Si osservi ancora come il Bruns proceda in modo anormale nella sua dimostrazione, poichè mentre in ogni vera questione possessoria nulla havvi a ricercare fuori del rapporto che intercede fra la persona e la cosa, egli è costretto a scindere la sua questione in soggettiva e oggettiva, studiando quale debba essere il rapporto fra lo spogliato e un *quid* non concreto che è la carica di vescovo, e poi tra il medesimo e le cose di cui il vescovo può avere la disponibilità.

Si tengano poi presenti queste tre importantissime limitazioni:

- a) l'eccezione non è data che ai vescovi;
- b) non comprende le cose singole, ma solo tutto o quasi tutto il patrimonio episcopale;
- c) non ha luogo che in occasione di una accusa criminale mossa contro i vescovi spogliati.

Dopo ciò vien fatto di domandarsi senz'altro: è possibile che un vero rimedio possessorio sia concesso solo a un ceto molto ristretto di persone, non per le singole cose, e non abbia applicazione ogni qualvolta consti dello spoglio, ma dipenda da una circostanza fortuita e riposta nell'arbitrio degli spogliatori stessi?

Anche qui perciò ci pare si possa concludere, come già abbiamo fatto trattando di Benedetto Levita, col dire, che l'*exceptio spolii* non mira a proteggere lo spogliato piuttosto nella sua qualità di proprietario, che in quella di possessore o di semplice detentore; e che non può d'altra parte neppure annoverarsi fra i provvedimenti civili o penali diretti a reprimere il fatto

dello spoglio, di per se considerato; ma che tende unicamente a tutelare lo spogliato nella sua qualità di accusato.

Essa non è quindi un rimedio possessorio, e neppure un rimedio contro lo spoglio; ma una garanzia processuale, concessa ai vescovi. Perciò la ricerca intorno al diritto che lo spogliato possa avere sulla cosa ha, come già dicemmo, un'importanza secondaria.

La seconda delle soprariferite limitazioni dimostra di per se l'inutilità per rispetto alla questione della parte oggettiva della distinzione del Bruns, poichè se si tratta solo della restituzione di tutto o di gran parte del patrimonio episcopale nulla importa che le cose comprese in esso sian proprie del vescovo, o solo possedute o solo detenute.

Infatti la larga e generica statuizione delle fonti dimostra evidentemente come l'eccezione fosse rivolta dai compilatori a ben maggiore scopo, chè non sia quello di decidere le questioni vertenti sulle cose singole; il vescovo spogliato deve essere restituito nella condizione in cui in origine si trovava, cosicchè egli non possa più apparire come *nudo ed inerme*: ecco lo scopo; le contestazioni intorno alle cose singole di cui egli fosse proprietario, o possessore, o detentore, non hanno nulla a vedere con l'eccezione di spoglio, e dovranno esser decise separatamente innanzi ad altri giudici, e coi principî del diritto comune, precisamente come nei casi ordinari.

Resta quindi a vedersi unicamente se il vescovo dovesse provare il suo diritto al vescovado, o bastasse il possesso del medesimo. Ma si ritenga da una parte che lo Ps. Isidoro si mostra affatto imperito del linguaggio giuridico (del che deve ripetutamente convenire il Bruns), per modo da usare senza discernimento le espressioni *proprium* e *possessio*, quest'ultima per lo più nel significato di possedimento, e da lasciar supporre che egli non sapesse bene come si distinguessero fra di loro proprietà, possesso, o detenzione; si ritenga che egli si vale in questo argomento assai parcamente delle fonti romane, pur così ricche, e piuttosto per prenderne a mutuo semplici parole che non veri concetti; si ritenga che in nessun luogo traspare anche lontanamente l'intenzione di voler limitare il beneficio

dell'eccezione piuttosto al possesso che alla proprietà; e d'altra parte si consideri che tale intenzione farebbe supporre che lo Ps. Isidoro avesse sollevata la nozione del possesso dalla semplice detenzione di cose fisiche o dall'esercizio dei diritti di servitù, a cui era stata fino allora limitata, all'esercizio di un complesso di diritti così svariati, come eran quelli componenti l'ufficio del vescovo (cosa, la quale, quando fosse stata opera di un sol uomo, avrebbe dimostrato in lui una conoscenza del diritto, una perspicuità, e una larghezza di criterio, che lo Ps. Isidoro era ben lungi dall'avere); e si converrà che egli nel consolidare a base di falsificazioni l'edificio del nostro istituto, non pensò assolutamente mai a quelle intricate e difficili *subtilitates iuris*, che sono la proprietà, il possesso, la detenzione.

Tanto più che un elemento affatto nuovo, quello dell'istituzione canonica, si sostituiva al concetto di proprietà; cosicchè l'adattare ai nuovi rapporti, che da esso avevano origine, gli antichi principî giuridici riusciva tanto difficile, che, come vedremo, neppure Graziano riuscì a coordinare tutta questa materia, e le applicazioni che esso fece dei concetti possessorî romani a tali rapporti lasciano sotto più di un aspetto adito ai dubbi e alle incertezze. Fu solo in seguito che vi si provvide definitivamente e in modo conveniente con l'istituto della *possessio colorata*. Questo concetto, e non quelli romani troppo assoluti e rigidi, si potrebbe adattare più facilmente alla nostra questione. Infatti il vescovo spogliato non poteva da una parte essere obbligato a provare la sua istituzione canonica, che spesso per l'appunto era oggetto della accusa e della controversia; ma non poteva dall'altra semplicemente allegare il possesso del vescovado, poichè in tal caso non gli sarebbe stata riconosciuta la qualità di vescovo, e gli sarebbe stata negata l'eccezione. Egli doveva colorare il suo possesso, cioè affermare anzitutto di avere oltre al possesso il titolo, e darne una prova sommaria.

Ma, ripetiamo, queste sono sottigliezze a cui non pensò e non provvide lo Ps. Isidoro. Egli mirava a garantire mercè una serie di privilegi i vescovi contro le accuse, e a renderne ad ogni modo molto difficili le condanne; ed ottenne lo scopo

con l'ordinare ai giudici, fra l'altre cose, di reintegrarli ove fossero accusati in seguito a un patito spoglio. Ora sta bensì che, se da una parte era necessario che la generalità e il sinodo specialmente riconoscessero nello spogliato la qualità di vescovo, dall'altra parte non poteva per la stessa natura del privilegio esser necessario che essi provassero di ritenere il vescovado in base ad una legale istituzione canonica, poichè troppo frequenti erano a quell'epoca le contestazioni fra più vescovi tutti istituiti con apparenza di legalità, e perchè molto probabilmente per vescovi lo Ps. Isidoro intendeva forse solo quelli, che avevano parteggiato per Lotario e che egli aveva in animo di favorire; sta anche che dovessero venir restituite tutte indistintamente le cose, e i diritti, dei quali il vescovo aveva il godimento al tempo dello spoglio; ma sta del pari che il falsificatore aveva lo sguardo fisso alle accuse dei vescovi e non ai loro possessi, e che quindi noi ci troviamo di fronte ad un istituto di diritto processuale e non di diritto sostantivo, anzi piuttosto che ad un istituto di diritto privato, ad un privilegio di natura affatto politica.

Il clero nelle sue questioni possessorie invocava allora ed invocò per molto tempo ancora, come dimostrammo, i vecchi istituti romani, a cui si informavano le raccolte di leggi fatte a suo uso esclusivo; e non pensava a creare nuove azioni possessorie.

CAPO V

L' Exceptio spolii
nella dottrina e nella pratica ecclesiastica
dallo Pseudo Isidoro a Graziano.

§ 1.

Il titolo di questo capo accenna alla dottrina ed alla pratica. Ma per quanto alla dottrina ci sbrigheremo in poche parole: le raccolte di decretali di questo periodo riproducono tutti i brani principali dell'opera dello Ps. Isidoro riguardanti il nostro argomento; ma nulla assolutamente vi aggiungono di nuovo nè per rispetto al testo delle disposizioni, nè per rispetto a quei commenti e a quelle dichiarazioni, che in epoca più colta si potrebbero ritrovare trattandosi di un argomento di tanta importanza (1). Non metterebbe neppure conto di accennarvi, se ciò non ci servisse a chiarire il metodo seguito da Graziano.

Di gran lunga più importante è per contro la pratica. Essa si compone di casi in cui fu applicata l'eccezione di spoglio, di provvedimenti presi dai pontefici, e tratti per lo più dalle loro epistole che ci sono pervenute, e di decisioni sinodali. Già il Bruns aveva accennato ad alcuni di essi; ma sono tanto pochi di numero, che impedirono a lui, pur così acuto indagatore, di trarne qualche principio fondamentale (2). Assai più numerosi ed importanti esempi raccolse il Goecke, dei quali giovandosi poté delineare il sistema della nostra eccezione durante questo non breve periodo (3). Agli esempi del Bruns e del Goecke noi abbiamo potuto infine aggiungerne altri abbastanza importanti,

(1) BURCH., I, 141, 4; ANSELM., III, 44, 53, 63, 84; Ivo, Dec. v, 246, 248, 249, 255, 256; PANORM., IV, 42, 52, ecc.

(2) BRUNS, op. cit. § 20.

(3) GOECKE, op. cit. § 4.

i quali insieme al materiale già anteriormente raccolto, specialmente dal Goecke, ci han permesso di seguire lo svolgimento del nostro istituto nei tre secoli che corrono dallo Ps. Isidoro a Graziano, e segnare la rilevante evoluzione che esso compì in tale intervallo trasformandosi di privilegio, che prima era, in rimedio di diritto comune.

La prima traccia delle *False Decretali* risale all'853 e si incontra nella *Narratio Clericorum Remensium*, che Ebone aveva ordinata nell'841 e che i chierici della Chiesa di Rheims presentarono al Sinodo di Soissons appunto nell'853 (1). Essi studiandosi di dimostrare che la deposizione di Ebone non era stata legale così si esprimono:

« Quia Episcopus aut Archiepiscopus suis omnibus bonis expoliatus, subque custodia tentus, et ab Ecclesia sua sequestratus, in Synodo Apostolica auctoritate non convocata, neque eius Legatione roborata, damnari nullatenus iuxta decreta sanctorum Patrum potuisset.... (2).

Il passo delle *False Decretali*, di cui qui vien fatto uso è evidentemente il cap. x della Ep. II di Felice I, il solo in cui oltre al solito *suis rebus expoliatus* si trovi l'espressione: *aut in detentione aliqua a suis ovibus fuerit sequestratus* (3), la quale si adattava così bene appunto al caso di Ebone, da far supporre che fosse stata scritta in vista di esso.

Nella causa di Ebone ebbe ad intervenire nell'866 papa Nicolò I; con quali criteri vedremo fra breve.

Fu per molti anni oggetto di grave controversia lo stabilire quando i pontefici abbiano accolte le *False Decretali*, e con che animo abbiano ciò fatto. Ora il nostro argomento serve appunto mirabilmente di criterio per giungere a tale determinazione. La questione si riannoda essenzialmente intorno a Nicolò I e al suo successore Adriano II, poichè per gli altri pontefici

(1) GOECKE, op. cit. p. 72; RICHTER, op. cit. p. 109; LAPÔTRE, *Hadrien II et les Fausses Decretales* (*Rev. des Quest. hist.*, vol. 27, 1880), p. 381, not. 3.

(2) BOUQUET, *Recueil des Historiens des Gaules et de la France*, tom. VII, p. 278.

(3) HINSCHIUS, p. 201.

non fu mai posto in dubbio che si siano serviti, ogni qual volta se ne presentò l'opportunità, della raccolta Ps. Isidoriana. Dall'esame dellè lettere pontificie appare anzitutto come, se non è punto vero quanto afferma il Gregorovius, che Nicolò I si sia impadronito avidamente delle *False Decretali* per farne un'arma contro i re ed i concili nazionali (1), d'altra parte non è del pari fondato quanto tenta di dimostrare p. e. il Walter (2), cioè che esso non ne abbia fatto uso mai. Più conforme a verità è forse quanto altri autori hanno sostenuto, cioè che i papi da prima non ricorsero alle *False Decretali* se non assai parcamente, o perchè tardi le conobbero, o perchè ebbero, come altri pretende, un vago dubbio circa il lor vizio di origine, o infine perchè realmente ne avvertirono la falsità.

Vedemmo come già nell'853 i religiosi della Chiesa Franca vi facessero richiamo. Nicolò I invece non le conosceva nell'858, come risulta dalla sua risposta alla lettera indirizzatagli da Loup de Ferrières (Servatus Lupus) (3). Che poi non le conoscesse neppure nell'862, appare dalla lettera che egli scrisse in tale anno (4) *ad Salomonem regem Brittonum*, e che tratta appunto del nostro argomento. Alcuni vescovi eran stati in modo illegale cacciati dalle loro sedi, ed altri vi erano stati istituiti. Nicolò I nello scrivere al re non pretende che quelli vengano prima reintegrati e poi regolarmente giudicati, ma chiede che un tribunale di vescovi giudichi della questione.

« Cumque.... fuerint eiecti episcopi regulariter examinati, ap-
 » parueritque quod canonice fuerint eiecti, ipsis in sua deiectione
 » manentibus, quicumque in locis eorum consecrati sunt, pote-
 » runt utique episcopatus honore potiri. Quod si eiecti episcopi
 » insontes fuerint declarati, his amotis qui illis subrogati sunt,
 » ecclesias suas ipsi recipiant (5) ».

Evidentemente qui non è applicata la dottrina intorno allo spoglio, su cui tanto avevano insistito le *False Decretali*. Il

(1) GREGOROVIVS, *Geschichte der Stadt Rom.*, t. III, c. v, p. 157.

(2) WALTER, *Dir. eccl.*, § 95, not. 1, p. 170.

(3) HINSCHIUS, p. CCIV; RICHTER, p. 109, not. 43; LAPÔTRE, loc. cit. p. 381, not. 3.

(4) IAFFÈ, *Regesta Pontificum Romanorum*, p. 240, C. 2044.

(5) MANSI, tom. xv, col. 395. *Decret.*, c. x, C. XXXIII, qu. vi.

Goecke (1), il quale suppone che a quell'epoca già queste fossero note al papa, osserva come questi dichiarò egli stesso di non vederci ben chiaro in tale causa, con le parole: « Nihil enim aliud est quod in præsenti negotio penitus deffiniri possit (2) »; e come d'altra parte, non godendo egli in Britannia della stessa autorità che in Italia ed in Francia (la lettera infatti è redatta in termini di una insolita lunganimità e deferenza), doveva accontentarsi di veder rinnovata la causa senza pretendere che fossero prima reintegrati gli spogliati; cosa, che, riuscendo assai gravosa ai vescovi in luogo loro istituiti, avrebbe posta a grave rischio la riuscita della impresa papale. A tali considerazioni siamo ricorsi altra volta anche noi per spiegare come nel caso dei vescovi deposti dal *Latrocinio Efesino*, e nel caso del vescovo Wilfrido (3), non si fosse fatto uso dei principî dell'*exceptio spolii*, che pure già esisteva nelle tradizioni della Chiesa; e alle stesse crediamo si debba ricorrere anche ora, ma per uno scopo diverso da quello del Goecke. Crediamo cioè che esse possono spiegare perchè Nicolò I abbia derogato, come già nei due casi predetti e in altri simili, ad una norma omai consuetudinaria della disciplina ecclesiastica; ma ci pare impossibile che il papa, indotto da tali considerazioni, avrebbe potuto risolvere la questione nel modo soprariferito, di fronte alle ripetute, esplicite, e severe disposizioni delle *False Decretali*, che vi contradicono, quando realmente le avesse accolte (4). È quindi più attendibile che egli non per anco le conoscesse. Del che una prova sicura si ha del resto nel fatto, che anche per rispetto alle altre norme riguardanti le accuse dei vescovi, esso non accolse in tale occasione i principî Ps. Isidoriani, ma bensì quelli del diritto anteriore (5).

(1) GOECKE, op. cit. p. 75.

(2) MANSI, tom. xv, col. 396.

(3) Vedi parte III, c. I, § 2.

(4) La frase della lettera pontificia « *ipsis in sua deiectione manentibus* » è così risolutamente contraria alla dottrina Ps. Isidoriana su questa materia, che se si suppone che egli in quel tempo già conoscesse le *False Decretali*, bisognerebbe ammettere che a bella posta vi contradicesse, per dimostrare di non accettarle o per stigmatizzarne la viziosa formazione.

(5) HINSCHIUS, op. cit. p. cciv; RICHTER, p. 109, not. 43.

Invece argomenti tratti dalle norme invocate dal papa per rispetto ad alcuni punti di diritto, fra i quali vi ha anche quello di cui ci occupiamo, dimostrano come egli le conoscesse nell'865 e forse anche già negli ultimi mesi dell'864.

Rotado, vescovo di Soissons, era stato condannato nell'863 da Incmaro vescovo di Rheims e da un sinodo, e non ostante che egli avesse interposto appello presso la Santa Sede era stato cacciato dal proprio vescovado. Nicolò I scrisse ripetutamente ai vescovi Franchi, al re Carlo il Calvo, ad Incmaro, ordinando a costui di restituire Rotado alla propria sede e di venire o di mandare due suoi legati a Roma con lo stesso Rotado perchè vi si potesse trattare la causa in appello. Rotado, che era stato chiuso in un chiostro, fu infine lasciato partire per Roma, ma nè Incmaro nè i legati suoi si fecero vivi durante nove mesi di attesa, dopo i quali il Papa in un solenne sinodo dichiarò che egli restituiva Rotado alla sua dignità, e con varie lettere ottenne che la sua decisione avesse effetto in Francia.

È necessario considerare la questione nelle sue due fasi, prima e dopo l'andata di Rotado a Roma.

Il papa ordina a Incmaro in una lettera dell'863 (1):

« ut... Rothadum episcopio pariter et pristino honoris sui officio restituitis: ita ut tali per omnia decoretur honore, et omnibus ita reddatur integer officiis, qualem illum eo constat fuisse tempore, quando expellendus apostolicæ sedis memoriam fecit. Et ita demum, si qui videntur illius esse calumniatores, cum presbytero illo qui deiectionis ipsius causa extitit (Rotado era stato accusato appunto di aver punito a torto un prete da lui dipendente), Romam pariter cum sæpe nominato Rothado, omni remota occasione, indefinites accurrant (2) ».

A questo passo però pare contraddire quello che viene immediatamente dopo:

« Hoc autem expresse decernimus, ut post xxx dies, postquam hæc nostra epistola ad vos delata fuerit, aut præfatum

(1) IAFFÈ, op. cit. p. 241, c. 2053; MANSI, C. C., xv, col. 295.

(2) MANSI, C. C., xv, col. 296.

» virum Rothadum omnino restituitis pristinae dignitati, aut
 » si iuste vos in eum egisse putatis, Romam cum eodem vos,
 » vel vester legatus vestram vicem in omnibus ferens, ut utrius-
 » que partis causam ad liquidum sciamus, adveniat».

Qui parrebbe che il papa lasci ad Incmaro la scelta tra il reintegrare Rotado, se crede di aver avuto torto, o il venire a difender la sua causa in appello a Roma, senza però reintegrare prima Rotado, se egli crede di aver ragione. Il che sarebbe contrario ai principî della eccezione di spoglio. Ma evidentemente, se si confronta questo col passo precedente, risulta che il papa volle lasciare a Incmaro la scelta tra una definitiva restituzione, rinunciando al giudizio di appello, o una restituzione provvisoria, mandando in seguito o venendo egli stesso a trattar la causa in seconda istanza a Roma.

Questo è sopra tutto notevole, come, per quanto il papa si attenga nella lettera citata, e in tutte le altre scritte in tal periodo di tempo (1) circa lo stesso affare, strettamente ai principî fondamentali dell'eccezione di spoglio, pure nessun accenno egli fa alla raccolta delle *False Decretali*, e, quello che è ancora più importante, non ne adopera nessun brano, anzi nessuna di quelle certe frasi caratteristiche, che in quella abbiamo incontrato (2).

Rotado va a Roma; e nei primi dell'865 il papa in un solenne sinodo dichiara di reintegrarlo di sua autorità sulla propria sede. E subito dopo (3) lo stesso pontefice nel comunicare tale decisione a Carlo il Calvo, gli raccomanda di evitare che di lui si possa dire dai posteri quello che già stava scritto di Teodorico:

« Qui ante patrimonii vel ecclesiarum, quas amiserat, receptionem, papam Symmachum, utpote Arianus et sceleratissimus rex, cum impugnatoribus suis in disceptationem conflagrare iussit, cum potestate eius omnia, quæ per suggestiones inimicorum suorum amiserat, reddenda ab honorabilium Ita-

(1) IAFFÈ, op. cit. p. 241, 242, 243, 244.

(2) MANZI, *Conc. Coll.*, col. 290-311.

(3) IAFFÈ, op. cit. p. 246.

» lorum episcoporum concilio iussa fuissent, et legaliter prius
» statui pristino redditus, tunc veniret ad causam, et si ita
» recte videretur accusantium propositionibus responderet ».

E aggiunge:

« Cuius rei documento, et aliis nonnullis decretis et exemplis imbuti, idipsum de Rothado episcopo nos quoque decrevimus (1) ».

Ora l'aver solo a questo punto citato il caso di papa Simmaco, il quale come vedemmo ricorre ad ogni piè sospinto nella collezione dello Ps. Isidoro e forma quasi il *substratum* delle maggiori falsificazioni contenute nella medesima, e più ancora l'accento ad altre decretali e ad altri esempi simili, lascian credere che già a questo punto il papa intendesse di riferirsi alle *False Decretali*.

Ch'egli omai le conoscesse benissimo non si può più porre in dubbio, poichè nella lettera che nello stesso tempo scriveva ad Incmaro, ordinandogli o di eseguire senz'altro la sua decisione o di disporsi a venir a Roma, non senza però (e su ciò insiste prudentemente il papa) aver prima reintegrato Rotado, così si esprime:

« Ita dumtaxat, ut prius ipse Rothadus *cunctis ablatis*, sic ut statuimus, recuperatis honoribus, et *vires sumens*, *diutius possideat*, et *suis omnibus perfruatur* (2) ».

Ora qui, oltre all'uso delle frasi al tutto proprie delle *False Decretali*, cioè della frase *cunctis ablatis*, che si incontra ad ogni passo nella raccolta Ps. Isidoriana, delle frasi *vires resumens*, e *suis omnibus perfruatur*, che appartengono al passo famoso di Damaso, e di quel *diutius possideat*, che accenna allo spazio di tempo concesso al comodo del vescovo dopo la reintegrazione, è ancora notevole la cura del papa di evitare l'equivoco — che dall'altra sua lettera scritta due anni prima allo stesso Incmaro poteva nascere, come notammo, — ordinando a costui di reintegrare prima in ogni caso lo spogliato; il che è conforme al disposto severo delle *False Decretali*.

(1) MANSI, *Conc. Coll.*, tom. xv, col. 690.

(2) MANSI, xv, c. 693.

Nell'annunziare ai vescovi delle Gallie d'aver presa tale decisione e di averne fatta l'intimazione ad Incmaro, e nell'ammonire a tal proposito lo stesso Rotado, già ritornato in patria, le parole del papa si accostano ancor più a quelle delle *False Decretali* (1).

Da tutto ciò è lecito raccogliere le seguenti principali considerazioni:

a) Le decisioni del papa prima e dopo l'andata di Rotado a Roma sono perfettamente uguali nella sostanza.

b) In tutti gli scritti suoi che riguardano la causa di Rotado, prima della venuta di costui non si trova nè un accenno alle *False Decretali*, nè qualcuna delle frasi che ad esse appartengono.

c) In tutti, o quasi tutti, gli scritti del papa che riguardano ancora la causa di Rotado, posteriori però alla sua venuta, si incontrano delle frasi, le quali incontestabilmente sono tratte dalla raccolta Ps. Isidoriana; anzi il papa in esse, evitando ogni equivoco, segna gli estremi della eccezione di spoglio con una esattezza, che si avvicina a quella della raccolta sopracitata.

Le conclusioni, che ne discendono, sono:

a) Prima della venuta di Rotado il papa non conosceva le *False Decretali*.

(1) MANSI, *Conc. Coll.*, xv, col. 700: « Ita dumtaxat, ut secundum maiorum diffinitiones, ante omnia, quæ prius possederat integro iure recipiat; adeo ut talis sit in omnibus, qualis ante sententiam contra se prolatam fuisse dignoscitur. Sicque demum, ecclesia recepta, et episcopatu libera securitate possesso, proximis et amicis, rebus et ipsis resumplis viribus, vestitus quoque, et spiritualibus armis tectus, accensatoribus responderet suis... »; e col. 702: « sancimus, ut sanctitas tua, prius receptis omnibus, quæ ante possedissee dignoscitur, et ecclesiæ potestate fruens, et per aliquod tempus inoffense gubernans, resumptis viribus, et sibi ablatis omnibus redintegratis, sic demum, si qui sunt qui tibi aliquid conentur obicere, fortis iam et valida cum ipsis disceptationis luctamina aggrediatur; et iuxta quod ratio dictat, et sacre præcipiunt sanctiones, restitus cum vestito, et armatus cum armato, ecclesiastico more, tempore a nobis præordinando, coram sedis apostolicæ præsule, contra tuos adversarios conflictum ineas... »

b) Essendo, ciò non ostante le sue decisioni relative all'eccezione di spoglio conformi perfettamente nella sostanza al contenuto di queste, è evidente come essa esistesse già nella tradizione della Chiesa prima dello Ps. Isidoro.

Il che ha una grande importanza per un altro punto del nostro lavoro (1).

c) È molto probabile, anzi quasi sicuro, che Rotado sia stato colui che venendo di Francia a Roma abbia fatto conoscere le *False Decretali* al papa (2), nel suo interesse anzitutto, e forse anche per ingraziarselo sempre più con il presentargli una raccolta piena di tante disposizioni favorevoli alla Santa Sede.

Quindi già forse fino dall'864 il papa le conosceva. Che ad ogni modo le conoscesse nell'865 è pienamente provato.

Si potrebbe domandare, e si domandò infatti, perchè il papa, conoscendole, non le abbia citate esplicitamente, e non ne abbia fatto un uso ancor più largo. Le ragioni potrebbero essere varie; ragioni generiche, come il non averle avute che da poco tra le mani e il non averle quindi ancor potute bene studiare; o un certo sentimento assai naturale di fierezza nel pontefice, che gli doveva impedire di servirsi troppo largamente di una raccolta che non gli veniva dai suoi predecessori e non emanava dalla Santa Sede, ma gli era fatta conoscere da un inferiore proveniente da paese straniero; o un vago dubbio del loro vizio di origine; o infine anche una tattica prudente che sconsigliava dall'uscire di un tratto in tanta novità di smisurate pretese (3); ragioni speciali, che riguardavano l'opposizione

(1) Vedi parte III, c. 1, § 3.

(2) HINSCHIUS, loc. cit. p. CCVII; RICHTER, p. 96, not. 18; p. 118, not. 45.

(3) Abbiamo detto: « un vago dubbio del loro vizio di origine », e « una tattica prudente ecc. », cercando con ciò di abbracciare le due possibili ipotesi, cioè che il papa fosse in buona fede o che non lo fosse. Dato che egli non sapesse positivamente della falsificazione, e fosse quindi in buona fede, non si può però supporre che una così radicale rivoluzione nella disciplina ecclesiastica non l'avesse sorpreso, e messo se non altro in sospetto, il che spiegherebbe il suo ritegno. Dato per contro che egli avesse avvertito il falso (ipotesi che può parere più verosimile, poichè le novità introdotte erano davvero troppe e troppo radicali ed improvvise), bisogna supporre che egli si associasse all'intendimento dei falsificatori, in grazia della posizione eccezionale che ave-

sollevata dal clero di Francia. Probabilmente tutte queste ragioni si contemperavano fra di loro.

La questione però non ci riguarda, e ci trarrebbe troppo in lungo.

Una nuova occasione si presentò al papa nell'866 (1) di ricorrere alle *False Decretali*, e fu nella causa già due volte ricordata di Ebone e di vari altri chierici cacciati, a proposito della quale appunto la Raccolta dello Ps. Isidoro fu citata per la prima volta in Francia.

Nicolò I ordina che quei chierici:

« Ante omnia pristinis gradibus et officiis reformati consistant, ita ut prioribus redditis gradibus et ordinibus et quodammodo *suis omnibus revestiti*, vires adversus impetentes se integras habeant. *Non enim inermis cum armato rite conflictum inire poterit* (2) ».

In un terzo caso papa Nicolò I avrebbe fatto richiamo all'eccezione di spoglio, caso, che riguarderebbe la questione del divorzio di Lotario II dalla moglie Tietberga, tanto famoso nella storia del IX secolo. Nicolò I scriveva a Carlo il Calvo nell'867 (3):

« Præterea sive de coniugii fœdere, sive de adulterii crimine iudicium sit agitandum, nulla ratio patitur Theutbergam cum Lothario posse legalem inire conflictum, vel legitimum controversiæ subire certamen, nisi prius ad tempus fuerit suæ potestati reddita, et consanguineis propriis libere sociata (4) ».

Di questo passo si sono valse gli autori posteriori per formularne una massima generale; cosicchè esso è riprodotto in

vano fatta alla Santa Sede, e che si adoperasse per diffondere la nuova disciplina nella restante cristianità; impresa che voleva esser compiuta non di un tratto, ma con grande misura ed avvedutezza; il che spiegherebbe per un altro verso il ritegno del pontefice.

(1) IAFFÈ, *Regesta*, p. 249-250, c. 2133, 2134.

(2) MANSI, *C. C.*, xv, col. 743; vedi pure col. 752.

(3) IAFFÈ, *Regesta*, p. 253, c. 2174.

(4) MANSI, *C. C.*, xv, col. 320.

Reginone, in *Burchardo*, nel *Decreto di Ivone*, nel *Polycarpus*, in *Graziano* (1).

Graziano unì questo brano a quello che già incontrammo al cap. VI della Pref. dello Ps. Isidoro, che tratta appunto di una moglie in lite col marito. Il passo Ps. Isidoriano forma il can. III, quello di papa Nicolò il can. IV; ad entrambi Graziano pose per titolo: *Nykolaus Papa Karolo Imperatori (Regi)*. Ma nessuna fra le lettere che si conoscono di Nicolò I contiene il brano che lo Ps. Isidoro trasse, come vedemmo, dalla Hist. di Eusebio.

Ora, secondo il Bruns, non avrebbe papa Nicolò I pensato mai all'eccezione di spoglio; ma solo in seguito all'errore, molto probabilmente da lui commesso, di dare al passo Ps. Isidoriano il titolo che solo all'altro si conveniva, unendo così strettamente quest'ultimo al primo, che già nella raccolta francese era stato invocato e manipolato a sostegno dell'eccezione di spoglio, avrebbero gli scrittori di diritto ecclesiastico potuto sostenere che il papa la invocava in favore della regina (2).

È innegabile anzitutto che il passo sopracitato di Nicolò I presenta delle considerevoli somiglianze di forma con gli altri dello stesso pontefice, che accennano incontestabilmente alla eccezione di spoglio, e in generale coi brani Ps. Isidoriani sulla stessa materia. Il Goecke notò di già come l'espressione *inire conflictum* si incontri nel brano della lettera papale intorno alla questione di Ebone, che abbiamo citato or ora (3). Noi noteremo come la frase *prius ad tempus* sia del tutto propria delle disposizioni Ps. Isidoriane (4). Evidentemente queste aveva presenti il papa allorchè scrisse intorno al caso di Lotario e di Tietberga.

Le simiglianze del resto non sono solo letterali, ma toccano la sostanza. Infatti come in ogni altro caso di spoglio il papa

(1) REGINONE, II, c. 116; BURCH., IX, 52; IVO, *Decr.*, VIII, 116; POLYC., VI, 4, 71; GRAZ., *Dec.*, c. IV, C. XXXIII, q. II.

(2) BRUNS, op. cit. p. 162.

(3) GOECKE, op. cit. p. 73.

(4) *Dec. Ps. Isid. Ep. Jul.*, cap. XIX (HINSCH. p. 473), *Felic.* II, cap. V (HINSCH. p. 485), ecc.

ordina che si proceda alla totale reintegrazione dell'accusato prima che si agiti la causa.

E il motivo che di tale sua deliberazione adduce non esorbita punto dalla cerchia di quei principî, in cui vedemmo avere il suo fondamento giuridico il nostro istituto. Uguagliare la condizione delle parti nella causa, col liberare da un lato una di esse dalla potestà ed oppressione di quella, con cui essa sta per intraprendere il combattimento giudiziale, e dall'altro lato col far sì che la medesima possa disporre liberamente delle cose sue e prepararsi le armi alla lotta: ecco lo scopo del papa (1); scopo che nella sostanza consuona perfettamente con le parole famose di papa Damaso, rimaste, come dimostrammo, tra le ragioni fondamentali della eccezione di spoglio.

Quale sia l'oggetto della ordinata restituzione è determinato esplicitamente già dallo stesso papa: « la propria libertà personale », *propriae potestati reddita, propriæ libertati committi*.

Resta una difficoltà; dove, nel caso, si incontra il principale estremo del nostro istituto, cioè lo spoglio? Ricordiamo anzitutto quale largo concetto dello spoglio avesse già lo Ps. Isidoro, che vi comprendeva questi due casi essenziali, cioè la privazione di una cosa o di un diritto, e l'arbitraria ritenzione della persona, che le impedisca di esercitare i propri diritti. Ora la Glossa nel caso nostro osservava che Tietberga: « spoliata erat » quadam libertate: quia compulsa fuerat contra se confiteri »; altri canonisti del pari ricercarono nelle violenze, che la regina aveva patite, l'estremo della ingiusta spogliazione. Ma queste ragioni, se convengono al caso speciale, non son però tali da spiegare il principio generale, che già Reginone aveva formu-

(1) MANSI, XV, col. 320: « Propria igitur libertati committi, et ab omni oppressione ac potestate ipsius, cum quo initur conflictus, oportet liberari; atque in suis licenter uti (suis liberaliter uti, secondo Ivone, VIII, 116), et suspectas personas convenit declinare, quæ se ab obiectis ostendere cupit immunem ». Anche le parole « consanguineis propriis libere sociata » ricordano quelle di Damaso, ove appunto dell'aiuto degli amici e dei congiunti è fatta menzione. Lo stesso si dica dell'altra espressione: « non sit difficile testes producere, vel ceteras personas, quæ tam a sanctis canonibus, quam a venerandis Romanis legibus, in huiusmodi controversiis requiruntur ».

lato, intestando il suo capitolo: « Ut femina de adulterio incul- » pata, si cum marito debet inire certamen legale, suæ pote- » stati debet ad tempus restitui ». Due concetti al tutto generici invece possono a nostro avviso chiarire perfettamente questo punto. Bisogna considerare da un lato con quanta scrupolosa cura a quei tempi, per l'influenza delle idee germaniche, si cercasse di stabilire la più perfetta uguaglianza delle parti contendenti in causa; e dall'altro quanto larga fosse la potestà del marito sulla moglie. Questa non poteva restando sotto la potestà maritale prepararsi a parità di condizioni i testimoni per il processo vertente sulla validità del vincolo matrimoniale « de coniugii fœdere.... legalem inire conflictum », nè con libertà procedere alla scelta del proprio campione per il duello giudiziario (monomachia), che, a quanto pare doveva decidere dell'accusa di adulterio « de adulterii crimine.... legitimum controversiæ subire certamen (1) ».

Ne discende quindi che per un principio supremo di diritto processuale dovesse il marito nell'iniziare una causa intorno alla validità del matrimonio, o nell'intentare un'accusa d'adulterio, rilasciare alla moglie tutta la sua libertà come se il vincolo matrimoniale più non esistesse; e che d'altra parte il voler persistere ad esercitare i proprii diritti di marito sulla donna, dopo iniziata la lite o mossa l'accusa, costituisse, senza che occorressero delle speciali violenze, di per se uno spoglio, e fornisse un più che sufficiente motivo al giudice di procedere di ufficio alla restituzione della libertà personale prima di trattar la causa, e alla moglie di eccepire in *limine litis* questo suo diritto, quando il giudice non l'avesse fatto.

(1) È in questa lettera di Nicolò I che si incontra il passo famoso riprovante il duello giudiziario: « Monomachiam vero in legem assumi, nusquam præceptum esse reperimus ecc. » riprodotto da Reginone (II, 77: « De pugna duorum, quod nostri campum appellant, quod pro imputato adulterio solet exerceri », da Ivone (*Decret.*, VII, 187), da Burchardo (IX, 51) e da Graziano, che ne fece un canone generale, c. XXII, C. II, q. V. Il papa però nel brano che sta fra quello che riguarda il duello, e quello da noi citato, sembra prevedere il caso in cui la sua disapprovazione del mezzo giudiziario scelto non sia accolta, e voler appunto venire in aiuto a Tietberga anche in tale estremo, assicurandone la libertà.

Evidentemente il Bruns fu tratto alle sue conclusioni dall'idea, che l'*exceptio spoli* sia un rimedio possessorio, e che come tale difficilmente si potesse estendere al caso di Tietberga.

E invero, basandosi sulla nozione del possesso, riesce molto difficile spiegare ciò, di cui noi abbiamo dato ampia ragione, ponendoci dal punto di vista processuale, cioè considerando l'*exceptio spoli* come un istituto che tendeva ad assicurare la regolarità del giudizio ed a garantire l'uguaglianza delle parti nel dibattimento.

Può stupire che il papa estenda senz'altro dagli ecclesiastici alle donne maritate l'eccezione di spoglio. Ma bisogna considerare:

a) che lo stesso Ps. Isidoro lo aveva messo in tale strada col caso della moglie accusata dal marito, tolto da Eusebio;

b) che il papa probabilmente non era per anco molto addentro nella conoscenza delle *False Decretali*;

c) che infine si trattava del pontefice, in cui risiedeva ogni facoltà di far leggi.

Passiamo ora al successore di Nicolò I, cioè ad Adriano II.

Intorno all'uso che egli abbia potuto fare delle *False Decretali* si è agitata in questi ultimi anni una questione assai viva (1). Senza entrarvi, accenneremo al risultato omai da tutti accolto, e che solo ci interessa: sotto Adriano II in un sinodo, a cui egli prese parte, fu pronunciato un discorso, il cui autore attinse a piene mani dalle *False Decretali*. I passi usufruttati (2), benchè

(1) Si tratta di un discorso, pronunciato in un sinodo italiano, intorno sempre al divorzio di Lotario e di Tietberga, ed alla restituzione dei vescovi Gunther e Theutgaud. Il MURATORI (*Rerum. Italic. Script.*, t. II, pars II, p. 133), e in seguito il MANSI (*C. Coll.*, t. XV, col. 890), lo pubblicarono, ma incompiutamente, attribuendolo: il primo a un sinodo romano dell'864 sotto Nicolò I, il secondo ad un concilio tenuto a Monte Cassino nell'869 sotto Adriano II, e facendone entrambi autore un vescovo ignoto. Il IAFFÈ (*Regesta*, p. 257, c. 2212) per il primo lo attribuì ad Adriano II. Il MAASSEN seguì la stessa opinione nel ripubblicare il testo per intero, aggiungendovi cioè la parte, ove appunto entrano in campo le *False Decretali* (*Eine Rede des Papstes Hadrian II von Jahre 869*, p. 4). Il LAPÔTRE finalmente ha sostenuto che non fu pronunciato dal papa, ma da Formoso vescovo di Porto, e non a Monte Cassino, ma in un concilio di Roma dell'869 (*Hadrien II et les Fausses Décrétales. Rev. des quest. hist.*, t. 27, p. 411, 427).

(2) Vedi LAPÔTRE, loc. cit. p. 380, not. 4.

non tocchino direttamente la nostra materia, però vi si ricollegano indirettamente.

Il papa ebbe ad intervenire nella famosa causa tra Incmaro, vescovo di Rheims, e il nipote Incmaro vescovo Laudunense. Questi, essendo stato sospeso da un sinodo e chiamato innanzi a vari sinodi, e in ultimo innanzi a quello Duziacense, per esservi giudicato di vari delitti, si rifiutava sempre di rispondere:

« *Spoliatus sum omnibus rebus et facultatibus meis, et ideo » nihil in hoc synodo respondebo (1) ».*

Egli pretendeva inoltre di appellarsi a Roma prima di esser giudicato.

Il papa scrisse anzitutto dichiarando invalido il giudizio e pretendendo che fosse lasciato venire a Roma senza che nel frattempo nessuno fosse ordinato in vece sua (2).

I vescovi della Gallia non lo obbedirono. Allora egli riscrisse, chiedendo che almeno fosse giudicato di nuovo, anche senza esser prima reintegrato, « *non tamen eo prius in gradu restituto (3) »*. Ma i vescovi e Carlo il Calvo tennero duro ancora, finchè Giovanni VIII approvò il loro giudicato (4).

Il papa non parla nelle sue lettere esplicitamente della reintegrazione precedente al giudizio; ma siccome egli comandava che il vescovo scacciato venisse a Roma e che nessuno fosse ordinato in vece sua, non era il luogo di parlare di reintegrazione. Che però questa fosse compresa virtualmente nella massima di diritto che egli invocava si deduce dal fatto, che allora quando egli moderò le sue pretese e si limitò a richiedere che fosse tenuto un nuovo giudizio, credette bene di avvertire *non tamen eo prius in gradu restituto*. I vescovi Galli poi facevano tanta opposizione, non perchè negassero la massima di diritto invocata, ma perchè pretendevano che vi fosse stata regolare deposizione, e non spoglio (5).

(1) MANSI, *C. C.*, xvi, col. 662.

(2) MANSI, *C. C.*, xv, col. 852.

(3) MANSI, *C. C.*, xvi, col. 719; xv, col. 859.

(4) MANSI, *C. C.*, xvii, col. 226.

(5) GOECKE, *op. cit.* p. 74-75.

Lo stesso papa, avendo *Herlefridus presbyter* interposto appello alla Santa Sede perchè scacciato dal suo vescovo Erpuino, scrisse a Carlo il Calvo ordinandogli di far giudicare la questione dal sinodo provinciale sotto Incmaro arcivescovo di Rheims, ed esortandolo « ut præsentialiter huic Herlefrido presbytero suam ecclesiam cum omnibus suis, usque ad tempus provincialis synodi hanc libere possessuro, pro tempore quod sacri canones definire, solemniter reddere faciatis ». Salvo però il caso in cui Erpuino mandasse a Roma un legato a dare spiegazione del suo operato al papa (1).

Il già tante volte ricordato Incmaro di Rheims ebbe in un caso speciale ad ordinare: « ut quoniam ille presbyter (della cui deiezione si trattava) suis quibusdam facultatibus contra leges expoliatus sit, suis omnibus revestiretur, antequam suis accusatoribus respondere cogetur; ne contra legem fieret et ipse Præsul a presbytero legem tollendo eandem quoque sibi auferret; præcipiens etiam, ut si Comes ipse presbyterum rebus expoliari iusserat, hoc illi per vadium faciat, disponens, qualiter inde fiat. Si vero Comes ipse hoc fieri negavit, ipsi qui ab eo res suas abstulerint, eidem presbytero legibus emendent (2) ».

Di papa Stefano VI (non Stefano V come scrive Graziano (3)) si ha un frammento di lettera così concepito:

« Oportet, ut primum vos tam de invasis civitatibus et monasteriis, et mansis, quamque et de reliquis generaliter rebus reinvestire faciatis, quia nec nudi contendere, nec inermes inimicis nos debemus obponere (4) ».

L'anno 916 il sinodo Altheimense accoglieva fra i suoi canoni il brano dell'epistola di papa Fabiano (Pseudo-Fabiano), che comincia: *Nulla enim permittit ratio etc....* (5).

Nella causa di Arnulfo, arcivescovo di Rheims, agitatasi fra il 990 e il 1000, ripetutamente si fece uso della nostra eccezione. Accusato di perduellione era stato tratto dal re innanzi

(1) MANSI, *C. C.*, xv, col. 837.

(2) FLODOARDI, *Hist. Rem.*, III, cap. 28.

(3) IAFFÈ, *Regesta*, p. 297, c. 2657.

(4) c. 3, *C. III*, q. II.

(5) PERTZ, *Monum. Germ.*, tom. IV, (Leg. II), p. 557, c. 14: *De expoliato episcopo*.

a un sinodo. Ma gli amici di lui sostenevano che non poteva esser giudicato per varie ragioni, ed essenzialmente perchè spogliato; e a sostegno della loro tesi citavano numerosi passi delle *False Decretali*. Il sinodo, senza intaccare il principio giuridico invocato, negava però, fondandosi su alcune circostanze di fatto e su altri principi di diritto, che egli potesse venire restituito; e lo depose. Il legato del papa dichiarò invalida la deposizione.

Ma un nuovo sinodo persistette nel sostenerne la validità, e alle obiezioni avversarie rispondeva:

« Sed inquit emulus: Non potuit diiudicari; ecclesiam recipiat, suis viribus resumptis suisque diu retentis amicis, ad iudicium provocetur. Quidnam est armatus a tyrannide removeri? Immo non aliter quam spoliatus potuit diiudicari. Sed æque tyrannus armis circumspectus nunquam ad iudicium potuit adduci. Quid est autem ecclesiæ receptio, virium resumptio, amicorum retentio, nisi in reges nostros tyrannidis extinctæ resuscitatio, iniuriarum ultio, malorum sublevatio, bonorum omnium oppressio? (1) ».

I vescovi si opponevano adunque alla restituzione per motivi di ordine pubblico. Arnulfo fu poi reintegrato dal papa, ma solo perchè era stato deposto senza il consenso pontificio (2).

Alessandro II (ann. 1061-67) scriveva all'arcivescovo di Rheims:

« Proclamatio delata est sanctæ apostolicæ sedi, quod abbatissa Laudunensis, monasteriis scilicet sancti Joannis, sine canonica audientia et iudicio episcopi sui, a regimine suo ejiciatur. Quod nimirum quia canonicis institutionibus omnino videtur esse contrarium, admonimus confratrem nostrum Eliandum Laudunensem episcopum, ut hanc causam diligenter discutiat atque canonicè diffiniat. Ita tamen, ut eadem abbatissa, priusquam discussio fiat, regimini suo, sicut sacri canones præcipiunt, restituatur (3) ».

(1) PERTZ, *Mon. Germ.*, tom. v (Scrip. vol. III), pag. 692.

(2) GOECKE, op. cit. p. 77.

(3) MANSI, *Conc. Coll.*, XIX, col. 955; ALEX. II, ep. 17.

Lo stesso papa scriveva a Guglielmo re d'Inghilterra, l'anno 1071 (1), che egli non credeva fosse stato regolarmente deposto il vescovo Alrico. E aggiungeva: « Ideoque; sicut in canonibus » cautum est, in pristinum locum debere restitui iudicavimus. » Deinde causam eius iuxta censuram canonicæ traditionis di- » ligenter retractandam et definiendam prædicto fratri nostri » archiepiscopo Lanfranco commisimus (2) ».

L'anno 1074 Gregorio VII scrive al vescovo di Praga (3):

« Præcipimus.... ut castrum quod tam fraudulentè cepisti, et » alia omnia quæ in lite sunt, præfato Moravensi episcopo red- » das, et tu ad diffiniendam causam (sicut statutum est) aut ipse » Romam venias, aut idoneos legatos mittas: atque hoc ita tem- » pestive Moravensi episcopo notifices, quatenus et ipse pariter » se, vel legatos suos ad iter præparare valeat (4) ».

Lo stesso papa ad Enrico IV, che dopo aver incarcerati alcuni vescovi si era a lui rivolto ingiungendogli di deporli, scriveva nel 1076 una lettera, ove: « ut episcopos a captivitate dimissos, » ecclesiis bonisque suis integre restitutis, remitteret, orabat, » et post hæc concilium in loco quo venire posset apostolicus » congregaret, ubi episcopi vel, si digni essent, episcopalem per- » derent dignitatem, vel iniuriarum, quas erant passi, canoni- » cam recipere satisfactionem (5) ».

Ancora lo stesso papa, essendo stati sei vescovi francesi per diverse ragioni irregolarmente deposti o sospesi, ordina che siano restituiti alle sedi loro, facendosi però promettere dai medesimi che essi si sarebbero presentati ad un nuovo sinodo (6).

(1) IAFFÈ, *Regesta*, p. 397, c. 3465.

(2) MANSI, *C. C.*, xix, col. 950; ALEX. II, ep. 10.

(3) IAFFÈ, *Regesta*, p. 413, c. 3638.

(4) MANSI, *C. C.*, xx, col. 132.

(5) BRUNO, *De Bello Saxonico*, cap. 64. PERTZ, *Mon. Germ.*, vii (Script. vol. v), p. 351. IAFFÈ, *Regesta*, p. 430, c. 3790.

(6) MANSI, *C. C.*, xx, col. 250; Ep. di Greg., vii, lib. v, ep. xvii, anno 1078; IAFFÈ, op. cit. p. 427, c. 3805.

I motivi speciali per ogni vescovo, che avevan determinato la reintegrazione sono: 1° per Manasse Arcivescovo di Rheims. « quia sententia super eum data non Romanæ ecclesiæ gravitate et solita mansuetudine videbatur.... »; 2° per Ugone vescovo Bisuntino, perchè era stato sospeso in contumacia, mentre « li-

E nel 1079 (1) scrive all'abate di S. Severo, che aveva tolta una chiesa all'abate di S. Croce, di aver provveduto a che la loro lite fosse regolarmente giudicata:

» Attamen interim, ut illam possessionem scilicet ecclesiam
» sanctæ Mariæ de Solaco, de qua lis inter vos orta est, abba-
» tiæ sanctæ Crucis ex integro restituas, apostolica auctoritate
» præcipimus, et ut quiete donec ad iudicium veniat possidere
» permittas ex parte beati Petri iubendo monemus ».

E del suo disposto dà questa importante motivazione:

» Indignum quippe est, et canonicis institutis nimis alienum
» ducimus, causam quæ ventilanda est ad examen debere de-
» duci, nisi de rebus in lite positis ille qui vim patitur prius
» fuerit revestitus (2) ».

Nello stesso anno (3) lo stesso pontefice comanda a due prelati:

« Ut ea bona sua, quibus expoliatus est (si tratta di un
» abate, al cui posto durante una sua assenza era stato sostituito un altro), expulso invasore illo restitui faciatis. Qui tamen post quam de his quæ perdidit, fuerit pleniter investitus, si quid contra illum habet aliquis, paratus erit in nostro iudicio respondere (4) ».

E a Roberto conte di Fiandra scrive a proposito di un vescovo deposto:

» Itaque præcipimus, ut congregato concilio causam ipsius
» episcopi diligentius eventulare procurent: et si quidem iuste
» depositus fuisse comprobatus fuerit, acquiescens, saniori concilio cesset: sin autem vel omnino iniuste vel præpropere
» addictus esse patuerit, rebus et honore suo recepto, instau-

teræ, quibus invitabatur ad synodum, a clericis suis retentæ, et non sibi ostentæ fuerant... »; 3° per Richerio arcivescovo Senonense, il papa si accontenta della promessa fattagli da lui, che nel nuovo sinodo avrebbe palesato il motivo per cui non erasi presentato al primo; 4° per Gotofredo vescovo Carnotense, « quia non invitatus et absens indicatus fuerat »; 5° per Ricardo arcivescovo Biturigense, « quia irato animo, et non synodali iudicio, dimisit ecclesiam suam »; 6° per Rodolfo arcivescovo Turonense, « quia legales accusatores non habuit ».

(1) Iaffè, op. cit., p. 431, c. 3846.

(2) Mansi, C. C., xx, 276; Ep. Greg., vii, l. vi, ep. 25.

(3) Iaffè, op. cit. p. 432, c. 3866.

(4) Hugonis Chronicon, lib. II, Prætz, Mon. Germ., x (Script. viii), p. 450.

» retur, ac deinde canonice, si qua sibi fuerint obiecta, respon-
» deat (1) ».

Ancora nell'anno 1082 (2) lo stesso pontefice avverte il vescovo Ugone di aver reintegrato il vescovo Carnotense perchè deposto senza regolare giudizio (3).

L'anno 1115 Pasquale II annunzia al metropolitano di Magdeburgo e ai suoi suffraganei che era venuto a lui l'eletto alla sede Merseburgense lagnandosi perchè, appena dopo esser stato regolarmente ordinato col loro stesso concorso al suo ufficio, ne era stato cacciato:

« Post hæc (l'ordinazione) nullo præeunte iudicio non solum
» Episcopalis ei sit gratia benedictionis denegata, seb ab eadem
» et Ecclesia quasi ex præcepto nostro violenter sit expulsus ».

Per il che il papa aggiunge:

« Nos igitur eum ad fraternitatis vestræ præsentiam cum li-
» teris præsentibus præmittentes, præcipimus, ut idem frater
» plenius Electioni huic et Ecclesiæ restituatur, et secundum
» canonicas sanctiones causa eius præsentiae vestræ iudicio de-
» cidatur. Quod si iudicii difficultas apud vos emergerit, cum
» communibus fraternitatis vestræ litteris et nuntiis ad examen
» sedis apostolicæ causa eadem remittatur (4) ».

Nel 1117 (5) lo stesso pontefice in una lettera ad Enrico re d'Inghilterra dice:

« Audivimus electum Eboracensem, virum sapientem et stre-
» nuum, sine iudicio ab Eboracensi ecclesia sequestratum: quod
» nimirum divinæ iustitiæ, et sanctorum patrum institutionibus
» adversatur.... Idem ergo electus, ut iustitia exigit, ad suam
» ecclesiam omnimodis revocetur. Siquid autem quæstionis inter

(1) MANSI, *C. C.*, xx, c. 36. (Greg. vii, Ep. lib. ix, ep. 33). Nell'ep. 32 scritta sullo stesso argomento ad un vescovo il papa dice: « Sin autem se vel iniuste depositum fuisset, vel synodalem vocationem nescivisset defendere potuerit, integre suis et rebus et dignitati restituatur: sicque deinceps canonice, si qua fuerint obiecta sibi, respondeat ».

(2) LAFFÈ, op. cit. p. 440, c. 3957.

(3) MANSI, *C. C.*, xx, col. 364.

(4) *Udalrici Babenbergensis Codex Epistolaris*. Cap. cclxxvi e cclxxv. EC-CARD., *Corpus historic. medii ævi*. Tom. II, col. 277,

(5) LAFFÈ, *Regesta*, p. 515, c. 4838.

» easdem ecclesias nascitur, præsentibus utriusque partibus in
» nostra præsentia pertractetur (1) ».

E nel 1118 (2) ordina a Corrado *archiepiscopo Salzburgensi* di ricercare se un abate era stato *canonice deiectus* dal suo monastero. Se sì, abbia corso la sentenza. Se no.... « alioquin » abbas ipse, secundum litterarum nostrarum tenorem, supra » dicto monasterio restituatur, et competenti, sine retractatione » temporis, termino, coram vestra, et fratrum nostrorum præs- » sentia canonice iudicetur (3) ».

Onorio II (ann. 1126-1127 (4)) rimprovera ad Adalberto, arcivescovo Magontino, di aver senza regolare giudizio scomunicato e cacciato Gebardo, vescovo Wirzburgense, e aggiunge:

« Quod si ita est, fraternitatem vestram a canonicis regulis » divinitus inspiratis liquido constat deviasse. Ait igitur sacra » canonum auctoritas adimi episcopo episcopatum non debere, » antequam causæ eius exitus appareat (5) ».

Meglio esaminata la questione il papa mutò il suo apprezzamento, e riscrisse allo stesso una lettera, ove alcuni particolari riguardanti il nostro istituto si contengono, dei quali diremo in seguito.

§ 2.

Dagli esempi abbastanza numerosi di applicazione del nostro istituto nel periodo di tempo, che corre dallo Ps. Isidoro a Graziano, si può anzitutto raccogliere questa generale osservazione, che nulla si mutò per rispetto ai suoi elementi sostanziali.

Esso continua ad essere considerato come un *officium iudicis*; poichè nella maggior parte dei casi si tratta di un ordine del pontefice o di qualche eminente prelato (come nel caso della lettera di Incmaro di Rheims) al giudice o all'autorità ecclesiastica superiore o a chi ha la somma di tutti i poteri, cioè al

(1) MANSI, *C. C.*, xx, col. 1012.

(2) IAFFÈ, op. cit. p. 519, c. 4876.

(3) MANSI, *C. C.*, xxi, col. 418.

(4) IAFFÈ, op. cit. p. 554, c. 5250.

(5) MANSI, xxi, col. 349. *Udalrici Babenbergensis Codex*, Ep. t. II, col. 342.

sovrano, o al conte (lettera di Incmaro), di procedere di ufficio alla restituzione dello spogliato prima che sia raccolto il sinodo, o iniziato il giudizio. Nelle cause del vescovo Incmaro Laudunense e del vescovo Arnulfo, furono essi costretti ad eccepire questo loro diritto innanzi al sinodo; ma ciò non toglie nulla, come già vedemmo, al principio sopra enunciato.

Fondamento dell'eccezione è pur sempre il principio, che la posizione giuridica e materiale dell'accusato debba prima del giudizio essere ridotta al suo stato normale, sia nei suoi rapporti col giudice, con l'impedire che l'esecuzione preceda la sentenza, sia nei suoi rapporti con l'avversario, col proibire che si abbia ad iniziare la lotta giudiziaria in condizioni affatto impari fra i contendenti. Infatti, in vari passi è bensì ricordato il principio, messo innanzi da papa Damaso (Nicolò I nelle questioni di Rotado e di Ebone, nell'affare di Tietberga; papa Stefano VI nella sua lettera; il sinodo Altheimense nel suo canone; gli amici di Arnulfo nella causa di lui ecc...); ma nella lettera di Pasquale II del 1115 è ordinata la restituzione di un vescovo perchè era stato cacciato *nullo praeunte iudicio*; e nella lettera dello stesso papa del 1117, perchè era stato sequestrato *sine iudicio*. Onorio II inoltre ritorna all'antico *adimi episcopo episcopatum antequam causae eius exitus ecc.*, che è appunto una delle forme tradizionali che ebbe il principio, secondo cui l'esecuzione non deve precedere il giudizio. Del resto in tutti i casi, in cui l'autorità stessa che deve giudicare fu quella che commise lo spoglio (lettera di Onorio II), è chiaro come la reintegrazione si debba fondare essenzialmente su tale massima, che è anche la più antica. Inesattamente quindi il Goecke afferma che omai non restava più se non quella messa innanzi da Damaso (1). Il fondamento generale egualitario dell'eccezione nei suoi due aspetti appare molto bene nella lettera di Gregorio VII del 1079, ove è detto:

« Indignum quippe est, et canonicis institutis nimis alienum » ducimus, causam quæ ventilanda est ad examen debere deduci,

(1) GOECKE, op. cit. p. 81.

» nisi de rebus in lite positis ille qui vim patitur prius fuerit
» revestitus ».

Anzi qui per la prima volta è ben fermato il motivo d'ordine pubblico, che impone di far cessare a qualunque costo lo stato di cose anormale nascente dalla violenza; e, quello che a noi interessa assai più, è avvenuto un importantissimo ravvicinamento alle ragioni fondamentali degli antichi rimedi contro la violenza; poichè le parole del papa si accorderebbero perfettamente con il contenuto dell'*Unde Vi*, nei casi in cui alla violenta deiezione faccia seguito un giudizio sul merito.

Questo intanto è necessario notare che il pontefice, pur non scostandosi dal punto di vista processuale, fa un passo verso gli antichi rimedi possessori; ma che egli non lo fa passando per il concetto del possesso, ma bensì per quello della violenza. E ciò per varie ragioni. Anzitutto perchè anche negli interdetti romani il concetto della violenza primeggiava su quello del possesso. Poi perchè trattandosi di restituire una cosa singola, come nel caso di cui si occupava Gregorio VII, e trattandosi di uno spoglio che aveva vestito la forma di deiezione violenta, la condizione delle cose, a cui il pontefice applicava l'eccezione di spoglio, era perfettamente identica a quella per cui una volta era stato immaginato l'interdetto. E finalmente e principalmente perchè il concetto della violenza, che turba la uguaglianza delle parti e fa precedere al giudizio ciò che ne potrebbe essere la eventuale conseguenza, è meno remoto che non quello del possesso da quel punto di vista processuale, da cui il papa non si scosta, e che rimane pur sempre l'anima di tutto il nostro istituto.

Il che è provato dal fatto che anche in questi casi lo spoglio non dà luogo all'eccezione, se non allorchè è connesso con una accusa mossa contro lo spogliato per parte dello spogliatore o dei terzi. Senza fondamento infatti parmi che di ciò dubiti il Goecke in base alla seconda lettera di Gregorio VII del 1079; perchè il suo contenuto è perfettamente identico a quello di tutte le altre, e perchè alla forma dubitativa *si quid contra illum habet aliquis*, fanno riscontro molte altre frasi equipolenti dei passi Pseudo Isidoriani. Senza fondamento del pari mi

sembra che egli affermi, se pure ho ben intese le sue parole, in base al canone del sinodo Altheimense, non essere essenziale nel nostro istituto la connessione fra lo spoglio e l'accusa; poichè anzi in quel canone tale necessità riluce meglio che in ogni altro passo.

Non importa che la causa da trattarsi in seguito sia criminale o civile; il che risulta da qualcuno degli ultimi casi, e specialmente da quelli contemplati nelle lettere di Gregorio VII del 1074 e del 1079 (prima), ove si tratta, come vedremo, di restituire cose singole e di decidere questioni di proprietà intorno alle medesime.

Per la prima volta adunque l'eccezione di spoglio è connessa con una controversia puramente civile. La non perfetta distinzione fra procedura civile e procedura penale, dovuta all'influenza delle idee germaniche, ha reso facile questo trapasso; il quale ciò non pertanto segna un nuovo ravvicinamento agli antichi rimedi contro la violenza privata, a cui faceva ordinariamente seguito un giudizio civile intorno al merito. Questa innovazione però non sposta, appunto in virtù di quella non perfetta separazione fra le due procedure, di cui dicemmo, il punto di appoggio del nostro istituto, che resta pur sempre circoscritto nella cerchia del processo.

Essa è inoltre intimamente connessa con un'altra novità, di cui diremo fra poco, la quale riguarda le cose, per cui poteva aver luogo l'*Exceptio spolii*.

Circa allo spoglio in se, per quanto nel caso sopracitato di Gregorio VII e nella lettera di Pasquale II del 1115 si parli di violenza, tuttavia non viene fatta restrizione di sorta: spoglio è qualsiasi deiezione, deposizione, privazione di cose o di diritti contraria alla legge; e la grande varietà dei motivi che possono darvi luogo e delle forme che esso può rivestire appare anche solo dal caso dei sei vescovi, che furono reintegrati da Gregorio VII.

Ma alcune maggiori dichiarazioni ci vengono date intorno al modo di determinare, se vi fu realmente spoglio o no. In tutti i passi fino ad ora studiati questo punto molto interessante ed importante era lasciato perfettamente allo scuro; nè si diceva

se era sufficiente la pura cognizione del fatto, o se non occorresse qualche volta un esame preventivo su di esso per parte dell'autorità anche in contraddittorio degli interessati. Cosa questa di cui si doveva sentire assai spesso la necessità, specialmente quando si trattava di deposizioni avvenute per opera di un superiore ecclesiastico; poichè quest'atto poteva costituire tanto un esercizio legittimo di autorità, come un violento arbitrio, a seconda delle circostanze di fatto. Ora la lettera di Pasquale II del 1118 ci dà esempio di una sommaria cognizione della questione per parte di un funzionario ecclesiastico, prima che fosse reintegrato lo spogliato. E la lettera di Gregorio VII a Roberto conte di Fiandra va ancor più innanzi, poichè ordina che un concilio, a ciò espressamente congregato, debba dichiarare con un regolare giudizio se l'avvenuta deposizione costituisca uno spoglio o non. E solamente nel primo caso si farà luogo all'eccezione di spoglio, innanzi di ammettere le accuse mosse contro lo spogliato.

Alcunchè di nuovo ancora si riscontra circa le persone e le cose, per le quali è data l'*Exceptio spoli*.

Circa le persone, viene messo ad effetto quel lieve accenno, che notammo nelle *False Decretali*, ad estendere il beneficio dell'eccezione ad altre persone oltre che ai vescovi.

Infatti, benchè la maggior parte dei casi riferiti trattino ancora di vescovi, alcuni però parlano di abbati, di monaci, di preti, di abbatesse, e perfino di laici. Ciò incominciò a togliere al nostro istituto il suo antico carattere di privilegio di ordine politico.

Circa le cose, è avvenuta una innovazione di assai maggiore importanza. Di regola si tratta ancor sempre di reintegrare lo spogliato nella propria sede, e nel dominio e godimento delle cose e dei diritti alla medesima congiunti. In alcuni casi però si comincia a far parola della restituzione di cose singole. Infatti nella lettera del vescovo Incmaro è detto: *quibusdam facultatibus*; nella lettera di Gregorio VII del 1074: *castrum et alia omnia quae in lite sunt*; nella prima lettera dello stesso papa del 1079: *illam possessionem scilicet ecclesiam sanctae Mariae ecc....* Che però questi si debbano considerare come casi

eccezionali appare dall'abbondanza di esempi in contrario. Eccone alcuni:

Callisto II ordina in una lettera del 1119 *ad Herveum, abbatem Rotonensis monasterii*, di restituire una somma di denaro ad un altro abbate, o di presentarsi, senza però in questa ipotesi restituir prima nulla, al concilio di Rheims (1).

Lo stesso pontefice nel 1120 ad un vescovo, che aveva tolto violentemente a certi canonici un *prædium*, scrive:

« *Præcipimus igitur dilectioni vestræ, ut eis aut prædium ipsum in pace et quiete reddatis, aut si quid in eo iure habere confiditis, oportuno loco et tempore ad exequendam iustitiam veniatis* (2) ».

E il pontefice Eugenio III nel 1151, ad un vescovo che aveva tolto *contra iustitiam*, e deteneva *per violentiam* una chiesa in odio ad un abate e ai suoi monaci, ordina:

« *Si eorum querimonia veritate innitur, aut ecclesiam suam memorato abbati et fratribus eius in pace restituas, aut in præsentia venerabilis fratris nostri Hugonis, Senonensis archiepiscopi, exinde iustitiam facias* (3) ».

Per quanto eccezionale questa innovazione ha molta importanza; poichè non è chi non vegga, dopo quanto si è detto in altri punti del nostro lavoro, come il rompere anche in un caso solo la regola, che oggetto dell'eccezione sia solo un ufficio e i diritti annessi al medesimo, contribuisca a far perdere ad essa il suo antico carattere di privilegio d'indole politica e la faccia entrare nella cerchia del diritto comune.

I casi soprariferiti (salvo forse quello del prete reintegrato per ordine di Incmaro di Rheims, in cui la parola *accusatoribus* può far supporre che si parli di una questione criminale), sono anche i soli ove esplicitamente si tratti della restituzione di una cosa singola, e al tempo stesso di uno spoglio connesso con una causa civile.

(1) BOUQUET, *Recueil ecc.*, xv, col. 231. IAFFÈ, *Regesta*, p. 528, c. 4938.

(2) ECCARD, II, *Uldarici*.... IAFFÈ, *Regesta*, p. 532, c. 4973.

(3) BOUQUET, *Rec.*, xv, col. 462; MANSI, *C. C.*, xxi, col. 661. IAFFÈ, *Regesta*, p. 642, c. 6556.

Il procedere di queste due innovazioni congiuntamente nei loro inizi non esclude già la possibilità che la restituzione di una cosa singola si connetta ad una causa criminale, o che la reintegrazione in un ufficio sia seguita da una causa civile; ma dà una importanza assai maggiore al passo che le due innovazioni già di per se segnano verso l'antica teoria dei rimedi reparatori. Non uguale significato avrebbero infatti una totale reintegrazione in un ufficio e nei diritti in esso compresi, a cui facesse seguito un giudizio civile, oppure la restituzione di una cosa determinata, seguita da un giudizio criminale; come la restituzione di una cosa singola connessa con un giudizio civile vertente sulla medesima.

Ci resta a vedere in ultimo se, nei casi in cui si tratta della reintegrazione in un ufficio, occorra la prova del diritto, vale a dire della legittimità della istituzione canonica, dalla quale appunto il diritto dipende, oppure se basti il fatto di trovarsi nell'esercizio di quella carica o di quell'ufficio. Abbiamo detto altrove perchè non crediamo che si possa ridurre la questione a determinare se per l'eccezione di spoglio occorra la proprietà, o il possesso, o la nuda detenzione (1), quando si dia a queste espressioni il loro valore rigorosamente tecnico. Onde, nel proporci già in altri punti questa medesima domanda, ci eravamo limitati a concludere da qualche indiretto accenno delle fonti e dall'esame degli elementi essenziali del nostro istituto, che secondo ogni probabilità non doveva essere necessario da una parte che si desse la prova della legittimità dell'istituzione canonica, ma che dall'altra non poteva certamente bastare il semplice fatto di esercitare l'ufficio della cui spogliazione si trattava. In altri termini, allo spogliato che pretendesse il beneficio di non esser giudicato, ma reintegrato, era possibile opporre la illegittimità del suo titolo, cioè la violenza o la frode impiegata nell'acquisto di ciò di cui voleva essere reintegrato; al modo stesso che nella dottrina romana antica intorno agli interdetti. Ma siccome nel caso nostro si trattava di un *officium iudicis*, occorreva quindi che l'autorità giudiziaria riscontrasse

(1) Vedi parte III, cap. III, § 2, cap. IV, § 2.

nello spogliato qualche presunzione o principio di buon diritto. Le nostre conclusioni sono perfettamente confermate da una espressa disposizione pontificia.

Vedemmo di già come Onorio II rimproverasse Adalberto, arcivescovo di Magonza, di aver senza regolare giudizio scomunicato e cacciato il vescovo Gebardo. Ritornato sulla questione, e meglio informato, il papa scrisse allo stesso Adalberto una nuova lettera così concepita:

« Scimus quidem, iuxta sanctorum Patrum regulas diuinitus »
 » inspiratus, episcopo episcopatum non adimi debere antequam »
 » causæ eius exitus appareat. *Sed optime novit sanctissimus* »
 » *apostolatus vester, hanc sanctorum patrum sententiam de* »
 » *dubiis episcoporum causis, non de manifestis debere intel-* »
 » *ligi.* Eius vero, de quo agitur (cioè il vescovo cacciato), im- »
 » pudentissima causa, et certum crimen nullum legitimæ defen- »
 » sionis, nullum iustæ excusationis colorem recipit. Luce igitur »
 » clarius patet omnibus, quod nullis meritorum privilegiis, »
 » nulla præeunte electione ad tanti sacerdotii gradum est asse- »
 » cutus; sed tyrannica violentia intrusus in ovile domini, cum »
 » non per ostium intravit, sed aliunde per ambitionem et si- »
 » moniacam hæresim tanquam fur et latro impudentissime ir- »
 » rupit; et.... locum legitimi pastoris sibi usurpavit (1) ».

Adunque l'eccezione di spoglio ha luogo solo nelle cause dubbie e non nelle manifeste. Nel numero di quest'ultime sono da una parte le cause in cui la legittimità del titolo è fuori di contestazione, poichè allora si procede ad una reintegrazione definitiva ed alla immediata punizione dello spogliatore, e dall'altra le cause in cui il titolo è evidentemente illegittimo, poichè lo spogliato dovrà, per servirmi di una frase pontificia: *in sua deiectione manere*, e non gli sarà neppur dato di convenire in giudizio lo spogliatore.

Tale doveva essere fin da principio la consuetudine ecclesiastica a questo proposito.

(1) MANSI, *C. C.*, XXI, col. 350. ECCARD, II, col. 341.

Nicolò II, nel concilio di Roma del 1059, dopo varie disposizioni intorno ai simoniaci, decretò per rispetto all'elezione del romano pontefice:

« Si quis pecunia, vel gratia humana, vel populari, seu militari tumultu sine concordia et canonica electione ac benedictione cardinalium episcoporum, ac deinde sequentium ordinum religiosorum clericorum fuerit apostolicæ sedi inthronizatus: non papa vel apostolicus, sed apostaticus habeatur; liceatque cardinalibus episcopis, cum religiosis et Deum timentibus clericis et laicis, invasorem, etiam cum anathemate, et humano auxilio et studio, a sede apostolica repellere; et quem dignum iudicaverint, præponere (1) ».

Lo stesso passo fu riprodotto da Ivone (2) e da Graziano in due luoghi distinti (3), in uno dei quali anzi il punto di diritto che a noi interessa è posto anche in maggior rilievo, dicendosi a proposito dell'apostata e della sua deposizione:

« Nec aliqua super hoc audientia aliquando reservetur ei: sed ab omni ecclesiastico gradu, in quocumque fuerat prius, sine retractatione deponatur ».

Insomma all'apostata violentemente scacciato non è concesso l'*exceptio spoli*.

Graziano per primo considerò questo caso come un'eccezione, dovuta secondo lui al fatto che non havvi un giudice superiore al pontefice (4); il Bruns e il Goecke sono della stessa opinione (5).

Si comprende perfettamente che Graziano ritenesse questo come un caso eccezionale; poichè egli al tempo stesso enunciava la massima che: « violenta possessio, nisi per iudicis sententiam, violento detentori detrahi non possit »; e per tal modo trasportava la questione in piena dottrina possessoria. Ma ai tempi di Nicolò II il suo disposto intorno agli eletti simoniacamente alla sede pontificia, doveva apparire affatto conforme al diritto

(1) MANSI, C. C., xix, col. 899.

(2) Ivo, *Dec.*, v, 80.

(3) *Dist.* xxiii, c. i, § 7; *Dist.* lxxix, c. ix.

(4) c. 6, C. iii, q. i.

(5) BRUNS, op. cit. p. 163; GOECKE, op. cit. p. 82.

comune, poichè si trattava non di una causa dubbia, ma di una di quelle cause, che Onorio II chiamò manifeste.

Riassumendo, se nulla in questo lungo periodo di tempo fu mutato, come già dicemmo, negli elementi sostanziali del nostro istituto, non si possono però da noi trascurare alcune minori innovazioni tendenti ad avvicinarlo sempre più alla antica teorica dei rimedi restitutorî. Tali novità sarebbero:

- a) l'aver dato a fondamento dell'eccezione, nei casi in cui lo spoglio riveste la forma di violenta deiezione, un principio generale d'ordine pubblico, simile a quello su cui già riposavano gli interdetti;
- b) l'averla estesa ad ogni ceto di persone;
- c) l'averla ammessa anche nelle cause civili;
- d) l'averla ammessa anche per le cose singole;
- e) il procedere di queste due ultime innovazioni per lo più congiuntamente.

Abbiam detto che queste sono minori innovazioni; ma riunite insieme, non è chi non vegga come esse trasformino il nostro istituto, senza toccarne gli elementi essenziali, di privilegio politico riservato ai vescovi, come era prima, in un rimedio di diritto comune, spettante a qualunque spogliato accusato.

Alcune altre novità puramente esteriori introdusse la pratica, le quali però hanno per il nostro argomento una grande importanza. Esse riguardano la terminologia.

Le fonti romane, o genuine, o negli estratti e nei rimaneggiamenti che se ne fecero nei regni barbarici, erano conosciute in Italia ed in Francia durante tutto questo tempo.

Fin da principio quindi, presentando i casi in cui si applicava l'*exceptio spolii* non di rado molta simiglianza con quelli per cui le fonti romane avevano istituiti i rimedi restitutorî e i provvedimenti contro la privata violenza, ne venne che molte espressioni proprie di questi furono usufuttate dai canonisti. Vedemmo infatti come lo Ps. Isidoro piuttosto che attingere dalle fonti romane istituti, o concetti di qualsiasi specie, ne abbia tolte delle parole, delle frasi e perfino delle intere proposizioni. Si trattava di un ravvicinamento puramente formale,

poichè lo spirito e la sostanza non ci avevano che vedere. Se nonchè una parola tira l'altra, proprio come dice il noto adagio; e la frase, la quale non ha nessuna importanza, trae con se ben presto fatalmente quella, che può avere una ben diversa portata; ond'è facile sin d'ora prevedere come per la stessa forza delle cose, o meglio delle parole, e per quel legame inscindibile che unisce l'idea alla parola, si dovesse da semplici deduzioni di termini finire con deduzioni di concetti e di principî.

La pratica posteriore allo Ps. Isidoro continuò a valersi della terminologia possessoria romana in maggior misura ancora; e ciò anzitutto perchè in virtù delle innovazioni da essa introdotte la materia dell'*exceptio spolii* si era fatta in alcuni punti, come vedemmo, molto più affine a quella dei rimedî restitutorii, e in secondo luogo perchè sempre più si andava allargando la conoscenza delle antiche fonti. Qui anzi il ravvicinamento sotto certi aspetti passa di già oltre alla forma e intacca la sostanza; come appare principalmente dalle parole a suo luogo riferite di Gregorio VII.

Ma, giova ripeterlo, non ostante tutte queste trasformazioni e questi ravvicinamenti, l'*exceptio spolii* da una parte non muta punto la sua antica natura, e dall'altra conserva ancora ben distinta la sua sfera d'azione da quella degli antichi rimedi restitutorii.

CAPO VI

L' Exceptio spolii nel Decreto di Graziano.

§ 1.

L'*exceptio spolii* non è adunque nè un rimedio possessorio, nè un provvedimento contro la violenza o contro lo spoglio in genere; essa è un istituto unicamente processuale.

In ciò si accordano perfettamente, come vedemmo, tanto le raccolte scientifiche della Chiesa anteriori a Graziano, quanto la pratica e la disciplina ecclesiastica dello stesso periodo di tempo.

Ma per quanto riguarda gli accessorî dell'istituto nostro non pochi punti di divergenza si erano venuti a poco a poco frapponendo tra la teoria e la pratica.

La teoria, attenendosi strettamente a quanto aveva disposto lo Ps. Isidoro, come appare dagli scritti di Anselmo, di Ivone, ecc., continuò a considerare l'*exceptio spolii* quale un privilegio politico dei vescovi, avente cioè di mira non il processo in genere, ma solo le accuse contro i vescovi; e d'altra parte continuò a limitarne l'applicazione a quegli spogli, che erano connessi ad una causa criminale, e che abbracciavano la maggior parte di quella universalità di cose e di diritti temporali e spirituali, che costituiva un vescovado.

La pratica per contro tolse all'istituto il suo carattere di privilegio, estendendone il beneficio a tutti gli ecclesiastici non solo, ma anche ai laici; e ne allargò l'applicazione agli spogli connessi con una causa civile ed aventi per oggetto delle cose singole.

Di fronte a tale dissidio della teoria con la pratica si trovò Graziano per rispetto all'*exceptio spolii*, allorchè si accinse a

portare con un lavoro sistematico la concordia fra i canoni discordanti.

Graziano accolse quasi tutti i passi pseudo-isidoriani intorno alla nostra materia; ma li distribuì in due luoghi differenti, il che fu causa in seguito di molti dubbi e di molte questioni (1).

Tanto il caso proposto nella causa II, come quello proposto nella III, trattano di un vescovo spogliato. La questione II della causa II è così concepita:

« An expoliatus ab aliquo sit iudicandus », a cui Graziano risponde:

« Quod autem expoliatus ante iudicem stare non possit, multis auctoritatibus probatur ».

La questione I della causa III invece suona:

« An restitutio danda sit quibuslibet expoliatis ».

E la risposta:

« Quod restitutio quibuslibet danda sit, multis auctoritatibus » probatur ».

(1) *Decretum*, C. II, *quæst. II*, (Ediz. Friedberg, col. 449), c. I (Ps. Isid., Ep. *Ioannis I*, HINSCH. p. 694); c. II (Ps. Isid., *Præf.* c. VI, HINSCH. p. 18); c. III (Ps. Isid., *Steph.* ep. 2, cap. VI, HINSCH. p. 184); c. IV (Ps. Isid., *Euseb.* ep. cap. XI, HINSCH. p. 237); c. V (Ps. Isid., *Jul.* ep., HINSCH., p. 456); c. VI (Ps. Isid., *Zephir.* ep. 2, cap. XII, HINSCH. p. 133).

— C. III, *quæst. I*, (Ediz. Friedberg, col. 505), c. I (Ps. Isid., *Gaji* Ep. cap. IV, HINSCH. p. 215); c. II (Ps. Isid., *Fabian.* ep. 2, cap. XX, HINSCH. p. 165); c. III (Ps. Isid., *Ioann.* ep. I, HINSCH. p. 694); c. IV (Ps. Isid., *Euseb.* ep. 2, HINSCH. p. 237). — *Quæst. II*, c. I (Ps. Isid., *Ioannis* ep., HINSCH. p. 694); c. II (Ps. Isid., *Pelagii* ep. 2, cap. III, HINSCH. p. 731); c. V (Ps. Isid., *Gaji* ep., HINSCH. p. 215); c. VI (Ps. Isid., HINSCH. p. 237); c. VII (Ps. Isid., *Felic. II* ep. 2, HINSCH. p. 486); c. VIII (Ps. Isid., *Felic. I* ep., HINSCH. p. 201).

— C. V, *quæst. II*, (Ediz. Friedberg, col. 545), c. IV (Ps. Isid., *Felic. II* ep., HINSCH. p. 485).

— C. XXXIII, *quæst. II*, (Ediz. Friedberg, col. 1150), c. III (Ps. Isid., *Præf.*, c. VI, HINSCH. p. 18).

Il più ed il meglio del nostro istituto si contiene, come appare anche solo dal numero dei canoni, nelle cause II e III; infatti il c. IV, q. II, causa V, non parla dell'eccezione di spoglio che in via secondaria, e il c. III, q. II, causa XXXIII, non è altro che la riproduzione del famoso passo di Eusebio, riguardante l'accusa del marito contro la moglie.

Ai can. II e VI, q. I, causa III, sono aggiunti due *dicta* di Graziano molto importanti.

Il Bruns (1) discute l'opinione della Glossa che nel primo luogo si tratti dell'eccezione di spoglio unicamente come di una eccezione dilatoria, e nel secondo della medesima come di una azione indipendente per ottenere la restituzione delle cose tolte. Egli crede che in entrambi i luoghi si tratti sempre dello stesso istituto.

Ponendoci dal nostro punto di vista, cioè ritenendo che l'*exceptio spolii* non fu mai una vera eccezione nel senso rigoroso della parola, la sola questione che qui si può fare è la seguente: se nel primo luogo Graziano non abbia voluto parlare della restituzione degli spogliati accusati, e nel secondo di quella di qualunque spogliato indipendentemente da qualsiasi accusa mossa contro di lui. Non è chi non vegga l'importanza che tale innovazione avrebbe, come quella che muterebbe affatto l'obbiettivo del nostro istituto, trasportandolo dal processo al fatto dello spoglio di per se considerato.

Questo modo di vedere sembra confortato anzitutto dal fatto, che egli abbia divisa la materia dell'*exceptio spolii*, poi dal modo con cui intitolò le due questioni, e finalmente e principalmente dall'aver tralasciato, nel riprodurre al c. II, q. I, C. III il passo famoso ps. isidoriano: *Redintegrandam sunt ecc.*, le ultime parole: *ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem ecc.*; cosicchè parrebbe ch'egli avesse voluto trascurare a bella posta quanto riguarda l'accusa degli spogliati. Ma che un tal modo di vedere fosse affatto straniero alle mire di Graziano appare luminosamente al primo sguardo che si getti sul contenuto della quest. I. Nella quale i can. I e II parlano di *crimen obicere* allo spogliato, e un *dictum* di Graziano così si esprime:

« Patet ergo, quod expoliati prius sunt presentialiter restituenti, antequam ad causam sint vocandi.... post electionem » restituenti sunt ante regularem ad synodum vocationem ».

Egli tratta quindi ancor sempre dei soli spogliati accusati.

Resta però a spiegare perchè Graziano abbia divise e diversamente intitolate le due questioni, e perchè abbia omesse le

(1) BRUNS, op. cit. p. 164.

parole finali del canone *Redintegranda*. Circa quest'ultimo dubbio furono messe innanzi una possibile di lui trascuratezza o svista, o la imperfezione del testo da lui adottato.

Ci pare però che tutta quanta la controversia si spieghi con questa osservazione del Goecke (1). Si è dimostrato come due siano essenzialmente gli effetti dell'*exceptio spoli*: 1° far cessare immantinente ogni accusa contro lo spogliato; 2° obbligare il giudice a reintegrarlo. Ora Graziano, nel trattare alle cause II e III in genere dei processi e delle accuse, volle evidentemente dar maggior rilievo a questi due distinti effetti dell'istituto, col farne una trattazione separata. Nella causa II trattò principalmente della cessazione di ogni accusa, e nella causa III della restituzione, senza però scindere menomamente lo stretto e sostanziale legame che intercede fra i due effetti. Ecco il perchè della diversa intitolazione, ed ecco anche perchè egli tralasciò le ultime parole del canone *Redintegranda*. Ciò facendo egli metteva in molta maggior luce la prima parte, che tratta appunto della reintegrazione dello spogliato.

§ 2.

I passi Ps. Isidoriani sono riferiti senza mutamenti che tocchino la sostanza; continua pertanto il divieto di ammettere al giudizio lo spogliato. D'altra parte nei due detti di Graziano, i soli che trattino del nostro argomento, non è fatto neanche un lontano accenno alla necessità che lo spogliato proponga in *limine litis* l'eccezione del patito spoglio.

È vero che Graziano nel *dictum* in fine alla *quæst. I* (causa III) dispone a proposito del vescovo spogliato «*restorationem postulare non potest*» ecc., ma ciò non implica che sia necessaria tale domanda. L'opera del giudice poteva venire provocata da una domanda dello spogliato, come vedemmo in alcuni dei casi storici da noi sopra riferiti; e ciò doveva specialmente accadere quando il giudice fosse in dubbio se il privilegio veramente competesse allo spogliato, come appunto nell'ipotesi di

(1) GOECKE, op. cit. p. 83.

cui Graziano si occupa; ma questi non rappresentano che i casi meno frequenti, e ad ogni modo basta una sola delle tante disposizioni che ordinano direttamente al giudice di non ammettere le accuse contro gli spogliati per togliere al nostro istituto il carattere di vera eccezione.

Si può quindi ritenere che Graziano non abbia mutato per nulla l'indole del nostro istituto. Anzi egli conferisce a sempre meglio determinarla allorchè nel *dictum* al can. II della q. I (C. III) prescrive:

« Sed notandum est, quod restitutionis sententia sola non sufficit, nisi presentialiter omnia *iudicis officio* restituantur ecc. ».

Qui appare per la prima volta la parola tecnica per designare quest'obbligo del giudice.

È controverso se Graziano abbia concesso il privilegio dell'*exceptio spolii* a tutti gli spogliati, o ai soli chierici, o ai soli vescovi. Egli non accolse se non i passi dello Ps. Isidoro e nulla tolse dalle numerose posteriori decisioni dei pontefici; anzi tra i passi ps. isidoriani non scelse quelli che, come vedemmo, per la loro dicitura accennavano a comprendere anche i casi di spoglio avvenuto contro qualunque chierico. È vero ch'egli enuncia in modo affatto generico le due questioni, e che il canone primo e secondo della prima parlano di *possessore* e di *exspoliato* in genere, e che affatto generica pure è la dicitura del c. V della stessa questione (1); ma bisogna notare che tutte e due i casi proposti nelle cause II e III trattano esclusivamente di vescovi, e che d'altra parte anche le altre questioni appartenenti alle stesse cause sono enunciate negli stessi termini affatto generici, mentre indubbiamente si debbono riferire ai soli vescovi.

Ora da ciò evidentemente risulta che nell'enunciazione delle due questioni, di cui ci occupiamo, non è fatta parola dei vescovi, perchè al compilatore pareva non si potesse dubitare che ad essi soli si dovessero riferire. La materia dei c. II, III e V è inoltre tolta da passi di Benedetto Levita e dello Ps. Isidoro, che avevano di mira unicamente le accuse dei vescovi.

(1) GOSCKE, op. cit. p. 85.

Ma l'argomento più grave contro qualsiasi estensione è il *dictum* di Graziano che chiude la quest. I, can. III, e la riassume. Graziano, trattando della istituzione canonica per rispetto alla restituzione, esce in queste parole:

« Illi ergo, quorum electio viciosa est, vel qui a clero non » sunt electi, vel a populo expetiti, vel qui per symoniam in- » repserunt, non sunt habendi inter *episcopos*, et ideo, si a se- » dibus ecc... » e conchiude:

« Si ergo *episcopi* a sedibus ecc... ».

Sta bene che egli abbia accolto il caso della moglie accusata dal marito, con cui lo Ps. Isidoro tentava di dimostrare che il nostro istituto aveva fondamento nel d. laico (1), ma ciò non prova nulla per rispetto al d. ecclesiastico; nè l'avervi aggiunto il passo di papa Nicolò I, trattante in specie del caso di Tietberga e in genere delle accuse dei mariti contro le mogli, può mutare le nostre conclusioni; poichè il tutto è posto in un luogo della raccolta molto discosto e non avente legame alcuno con quelli che si aggirano esplicitamente intorno all' *exceptio spolii*.

Per tutto ciò riteniamo contro l'opinione del Bruns (2) e contro i dubbi del Goecke (3), che Graziano, compilatore diligente e scrupoloso e perciò appunto ligio alle antiche fonti ed alla teoria, abbia avuto la mente fissa unicamente alle accuse dei vescovi, ed abbia quindi trascurate le innovazioni della pratica.

Ci riafferma sempre più nella nostra opinione il fatto, che anche per rispetto alla natura delle accuse mosse contro agli spogliati, Graziano ritornò alla primitiva dottrina ps. isidoriana. Invero egli non accolse a questo proposito se non quelle generiche espressioni delle *False decretali*, che, come dimostrammo, si riferivano unicamente alle questioni criminali.

Non è detto esplicitamente nel Decreto se sia ammessa o non l'eccezione anche nei casi di spoglio di una cosa particolare, ma dal modo con cui Graziano si esprime nei suoi due detti,

(1) BRUNS, op. cit. p. 166.

(2) BRUNS, op. cit. p. 166.

(3) GOECKE, op. cit. p. 86.

che trattano di questa materia, risulta a nostro avviso chiaramente, come neppure in questo punto egli si sia scostato dal rigore della dottrina primitiva.

Il secondo dei due detti di Graziano svolge l'ardua questione del titolo, richiesto per godere del beneficio dell'*exceptio spolii*:

« Patet ergo, quod expoliati prius sunt presentialiter resti-
 » tuendi, antequam ad causam sint vocandi. Sed obicitur, ubi
 » non fuit legitima institutio, ibi non potest esse restitutio.
 » Non enim probatur destitutus qui prius non fuit institutus,
 » ac per hoc nec restaurationem postulare potest. Illi ergo,
 » quorum electio viciosa est, vel qui a clero non sunt electi,
 » vel a populo expetiti, vel qui per symoniam inrepserunt, non
 » sunt habendi inter episcopos, et ideo, si a sedibus, quas te-
 » nere videbantur, expulsi fuerint, non possunt restitutionem
 » petere ante, quam vocentur ad causam. Unde supra in trac-
 » tatu ordinandorum: « Si quis pecunia vel gratia humana, seu
 » populari vel militari tumultu, etc. (cioè il disposto di Nicolò
 » sugli eletti simoniacemente al seggio pontificio) ». Sed hoc in
 » eo tantum casu intelligitur, quo apostolica sedes per violen-
 » tiam occupatur, quo casu iudex non invenitur, cuius officio
 » ille apostaticus possit excludi. In aliis autem locum non ha-
 » bet, cum violenta possessio, nisi per iudicis sententiam, vio-
 » lento detentori detrahi non possit. Si autem verus dominus,
 » bello non continuato, sed renovato, vi illum eiecerit de pos-
 » sessione, iudicis auctoritate predoni possessionem restituet.
 » Si ergo episcopi a sedibus, quas quoquomodo tenere videban-
 » tur, non per iudicem, sed violenter eieci fuerint, post eiec-
 » tionem restituendi sunt ante regularem ad sinodum vocatio-
 » nem (1) ».

Graziano adunque per rispetto al titolo abbracciò una dottrina contraria a quella di papa Onorio. Questi nei casi in cui lo spogliato avesse alla sua volta ottenuto in modo illegale ciò, della cui reintegrazione si trattava, gli negava il beneficio dell'*exceptio spolii*. Graziano per contro non bada al modo con cui i vescovi spogliati avessero acquistate le sedi loro (*quoquo-*

(1) c. 6, C. III, q. 1 (ed. Friedberg, col. 506).

modo tenere videbantur), ma in ogni caso per il solo fatto che essi furono spogliati concede ad essi il famoso privilegio (1). Con ciò egli si accosta alla teorica giustiniana intorno all'*Unde Vi*.

Dei passi delle raccolte di Giustiniano intorno a questo interdetto egli ha fatto largo uso nei suoi due detti, e non solo per torne qualche parola o qualche frase, ma per appropriarsene i concetti.

Con ciò il nostro istituto ha forse cambiato della sua natura ed è diventato un rimedio possessorio? Oppure è stato applicato, senza mutar natura, alle vere questioni possessorie?

A me pare che si debba rispondere negativamente all'una ed all'altra domanda.

Intanto Graziano tratta nei suoi *dicta* esclusivamente della restituzione di una sede vescovile con tutte le cose ed i diritti annessi, *cuncta ablata*, come già diceva lo Ps. Isidoro.

Inoltre i passi accolti nel testo sono affatto identici agli ps. isidoriani; è quindi ovvio l'inferire che in questo punto egli non si sia scostato dalla dottrina delle *False Decretali*, e che al pari di quelle abbia avuto unicamente di mira lo spoglio dell'ufficio episcopale, cioè di una universalità di cose e di diritti.

Risorgono quindi le tre gravi limitazioni, secondo cui l'eccezione compete:

- a) solo ai vescovi;
- b) solo quando si tratti di uno spoglio connesso con una accusa criminale, mossa contro lo spogliato;
- c) solo quando si tratti dello spoglio di un ufficio o della maggior parte delle cose e dei diritti che lo compongono.

Si osservi poi ancora che Graziano invoca i principî romani rispetto a due soli punti, svolti nei suoi due *dicta*, cioè rispetto al modo con cui lo spogliato possa riacquistare le cose sue, e rispetto alla legittimità o non del suo titolo. Intorno al primo

(1) Ecco perchè Graziano, di fronte al disposto di Nicolò II circa gli eletti in modo simoniaci alla sede romana, lo dovette considerare come un caso eccezionale.

punto (1) la frase *naturalem possessionem* vale semplicemente « disponibilità di fatto », tanto più che egli aveva detto prima non bastare l'ordine platonico del giudice, ma essere necessario una effettiva restituzione. La distinzione poi del riacquisto del possesso personalmente o per mezzo di un procuratore, non introduce nel campo dell'eccezione di spoglio nulla di sostanzialmente nuovo; poichè già in antico poteva essersi presentato il caso che il vescovo spogliato riacquistasse la sua sede per interposta persona. Resta quanto Graziano dice circa la legittimità del titolo. È innegabile che intorno a questo punto egli ha tolto l'incertezza o meglio l'indeterminatezza che fino allora era regnata; cosicchè mentre prima non si poteva parlare di proprietà, di possesso e di detenzione se non per una lontana analogia, in lui la distinzione invece è applicata con rigore di sistema, conforme alle fonti romane (2).

Ma ciò può forse indurci a credere che egli abbia fatto dell'*exceptio spolii* un generale rimedio restitutorio basato sul possesso? No, certamente. Egli ha determinata con maggiore esattezza di terminologia scientifica la materia riguardante uno degli estremi dell'eccezione di spoglio; ecco tutto. Ma il cardine dell'istituto anche in Graziano riposa pur sempre nel concetto del processo; poichè egli ha rispettate tutte quelle restrizioni, che bastavano di per se sole, siccome dimostrammo, a togliergli il carattere di generale rimedio possessorio o restitutorio, che dir si voglia. E che Graziano non abbia abbandonato l'antico punto di vista, ed anzi non abbia abbandonato l'antico fondamento giuridico di tutto l'istituto, appare dal fatto che egli

(1) c. II, C. II, q. II (ed. Friedberg, col. 505), GRATIAN. « Sed notandum est, quod restitutionis sententia sola non sufficit, nisi presentialiter omnia iudicis officio restituantur, ut eiectus vel expoliatus etiam naturalem possessionem recipiat, sive animo suo et corpore alieno, veluti per procuratorem, sive animo et corpore suo. Cuncta quoque, que sibi ablata fuerant quacumque conditione, in eodem loco, unde surrepta fuerant, sunt revocanda ».

(2) La dottrina anteriore a Graziano, sebbene più indeterminata, era però più consentanea a quanto poi stabilì il diritto ecclesiastico nel suo periodo classico per le questioni, in cui fosse implicata la istituzione canonica; poichè per esse lungi dall'accontentarsi della nuda detenzione richiese la *possessio colorata*, come dimostreremo.

non lo trattò indipendentemente e considerandolo di per se; ma come un accessorio delle accuse mosse contro i vescovi. Intorno a queste infatti si aggirano esclusivamente le cause II e III. Anzi vi ha di più, egli nella causa II tratta dell'eccezione di spoglio immediatamente dopo aver con molti esempi dimostrato nella prima questione: *quod nullus sine iudiciario ordine dampnari valeat*.

Le garanzie processuali in favore del vescovo sono pur sempre il suo vero obbiettivo; quanto è detto relativamente al possesso non ha nessuna importanza allorchè si vuole determinare la vera essenza dell'istituto. Dunque neanche in Graziano l'*exceptio spolii* si può dire un rimedio possessorio.

Dopo tutto ciò mi pare che il Goecke (1) (col quale pure mi accordo nel riconoscere che Graziano non fece del nostro istituto un rimedio possessorio) ragioni alla rovescia allorquando afferma che ad ogni modo Graziano ha trasportato alle questioni puramente possessorie tutta la teorica dell'*exceptio spolii*. Io direi invece che Graziano ha trasportato il sistema dei rimedi restitutori romani nel campo del nostro istituto.

Infatti l'*exceptio spolii* conserva nel *Decretum* il suo carattere di istituto prettamente religioso; le sue basi sono pur sempre le antiche; e il contributo che al *Decretum* danno le fonti ecclesiastiche è tanto più considerevole per mole ed entità di quanto non sia quello tratto dalle fonti romane, che queste si debbono considerare unicamente come un sussidio.

Non si tratta, è vero, di una semplice deduzione di principi per analogia fatta con intendimenti puramente dottrinali, poichè le disposizioni romane intorno alle questioni di possesso sono invocate da Graziano come se effettivamente abbracciassero anche il caso di cui egli si occupa; ma resta pur sempre assodato che il passaggio avviene dalla dottrina romana alla canonica, non da questa a quella. Ecco perchè ci pare che si debba rispondere negativamente anche alla seconda delle questioni sopra proposte.

(1) GOECKE, op. cit. p. 87.

Ed ora, rifacendoci da capo, non ci resta che a notare un fatto, assai frequente nella storia del diritto; cioè il disaccordo fra la pratica giudiziale e i libri di diritto di un medesimo paese e di una stessa epoca. Graziano, come appare dall'esposizione che abbiain fatto delle sue teorie, non cercò di dissipare il dissidio esistente fra le raccolte scientifiche e le decisioni dei pontefici a lui anteriori, dissidio di cui abbiain messi in luce i punti essenziali al principio di questo capitolo. Egli rigettò le innovazioni, che la pratica aveva introdotte estendendo l'*exceptio spolii* a tutti gli ecclesiastici ed agli stessi laici, alle cause civili, alle cose singole. Con ciò egli rinnegò quel ravvicinamento, che tali innovazioni avevano operato, del nostro istituto alla materia degli antichi rimedi restitutorii. Ma, cosa assai curiosa, mentre ciò faceva da una parte, dall'altra però con molta maggior larghezza e criterio egli si serviva della terminologia e dei concetti inerenti al sistema delle fonti romane per rispetto a quei rimedi.

Di poco impaccio doveva quindi riuscire la sua resistenza all'evoluzione che l'*exceptio spolii* aveva iniziata, se egli, chiudendo una porta all'influenza romana, ne apriva poi un'altra per cui essa si poteva effondere con efficacia forse anche maggiore.

La risultante di tutti questi sforzi in apparenza contrari, ma che tendevano per diverse vie al medesimo termine, doveva essere necessariamente la compiuta fusione delle idee e dei principî del diritto ecclesiastico con quelli del diritto romano.

PARTE QUARTA

LA REDINTEGRANDA (evoluzione storica)

La nostra esposizione, tanto per rispetto al diritto laico, come per rispetto all'ecclesiastico, ha toccato il secolo XII. Esso, come è ben noto, segna non solo il rifiorire degli studi di diritto civile, ma anche il momento, in cui i giuristi della Chiesa, volti di proposito al diritto romano, cominciarono quell'opera di trasformazione e di rimaneggiamento, mercè cui riuscirono ad adattarlo ai bisogni non solo della Chiesa ma del mondo (1).

Molti istituti nuovi ebbero in questo punto origine, e fra di essi importantissimo è quello, da cui si intitola il nostro lavoro. Ed è appunto scopo di questa parte quarta il ricercare come esso sia sorto dal temperamento e dalla fusione degli elementi diversi di diritto romano, di diritto germanico e di diritto ecclesiastico, quale fu il suo primo aspetto, e per quali successive vicende esso riuscì a trovar riconoscimento non solo nella pratica, ma nella dottrina, e ad ottenere il primato su tutti gli altri numerosissimi rimedi possessorî, immaginati dalla feconda casuistica dei giuristi dell'Età di Mezzo.

Ma giova notare che i Canonisti, per la comunanza di studi che era fra di essi ed i Glossatori, elaborarono la dottrina

(1) SOHM, *Fränkisches Recht und Römisches Recht*, p. 74.

romana non genuina, ma quale era già stata da questi intesa ed insegnata; onde è necessario far precedere al nostro studio una breve esposizione della dottrina dei Glossatori per rispetto alla tutela del possesso, segnando in modo speciale i punti in cui essi si scostarono dall'antica teoria, e le ragioni di tali mutazioni. E invero solo da questa ricerca può, a nostro avviso, aver qualche luce l'origine di quel rimedio possessorio, a cui fu dato dapprima il nome di *Redintegranda*, e in seguito quello di *Actio spoli*.

CAPO I

La tutela del possesso secondo i Glossatori.

§ 1.

Nel primo Medio Evo la dottrina possessoria romana appariva in Occidente, come del resto anche in Oriente dopo Giustiniano, spoglia d'ogni nozione puramente teorica o scientifica, e tutta unicamente ristretta intorno al concetto pratico della difesa. Nel campo stesso della difesa l'interdetto *U. V.* era lasciato in disparte, e la legge di Valentiniano non solo gli si era sovrapposta, ma l'aveva quasi soffocato.

I Glossatori nel rimettere in onore le disquisizioni scientifiche sulla natura, sugli elementi, sulle varie specie del possesso, hanno pure ristaurata nella sua primitiva interezza tutta la materia delle difese possessorie, assegnando ai vari istituti che vi appartengono l'antico posto, che essi occupavano nella legislazione di Giustiniano.

Per tal modo l'*Unde Vi* riconquistò il suo perduto primato, ed apparve di nuovo come la principale, anzi la sola vera difesa del possesso. E già nella denominazione di tale rimedio essi si attengono strettamente a quanto Giustiniano avvertiva: appartenere cioè il vero interdetto al diritto antico, ed esservi

stata sostituita un'azione, avente il medesimo carattere e la medesima portata (1). Infatti i Glossatori, sebbene si valgano, come le fonti giustiniane, per comodità di linguaggio della espressione: *Interdictum Unde Vi*, molto spesso però soggiungono: *vel utilem actionem subrogata in locum interdicti* (2). E già in un documento del 1196 a proposito di una controversia possessoria si parla di proporre *in factum actionem reditam loci interdicti Unde Vi, ad recuperandam possessionem* (3).

E similmente quanto agli estremi ed alle altre caratteristiche dell'*Unde Vi* essi si accostano al disposto delle fonti romane scrupolosamente; e quindi, come già in quelle, così anche secondo i Glossatori l'interdetto spetta al solo possessore, contro il solo deiciente ed i suoi complici, pei soli immobili, solo per le deiezioni violenti, e si prescrive entro l'anno.

Molti dubbi e molte controversie sorgono però allorchè si tratta di determinare, chi si debba ritenere come possessore. Rogerio nella sua *Summa ad Cod.*, tit. *De poss.*, definì per il primo il possesso: « Possessio est positio seu assessio, cum cor- » pus corpori incumbit, seu naturaliter assidet, quod interpre- » tatione iure latius porrigitur ». Si tien conto qui della sola esteriorità materiale, senza riguardo alcuno alla volontà dell'agente. L'emulo di Rogerio, Placentino, non si scosta dal suo modo di vedere e definisce il possesso: « Possessio appellata est » a sedibus: ergo proprie et vere et secundum idioma sermonis » dumtaxat naturalis possessio appellatur possessio (4) ». Le successive evoluzioni della dottrina dei Glossatori per rispetto al concetto fondamentale del possesso sono delineate da questo passo della *Glossa* alla l. 1, tit. II, lib. LI: « definiri autem potest » sic secundum Ioan(nem Bassianum): Possessio est ius quod- » dam rem detinendi sibi. Vel secundum Azo(nem) duobus modis:

(1) Cod. VIII, IV, l. 2; *Inst.*, IV, XV, § 1, § 8: *hodie... iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

(2) ROFFREDUS, *Tractatus ordinis iudicarii*, tit. *Unde Vi*. DA BRUNS, p. 123.

(3) FICKER, *Urkunden zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, II, 192, p. 234.

(4) BRUNS, op. cit. p. 105; RUGGERI, *Il Possesso*, vol. I, p. 15; PAIS-PASSINO, op. cit. p. 256.

» Possessio est ius quoddam, quo quis rem corporalem vere vel
 » interpretative sibi habet. Tu dic, et item Azo postea dixit:
 » Possessio est corporalis rei detentio, corporis et animi iuris
 » adminiculo concurrente ».

Dopo esser caduti da un estremo in un altro, si trovò finalmente, per merito di Azone, una via di mezzo, che condusse i Glossatori ad una definizione, in cui si tien conto di entrambi gli elementi, del materiale come dello spirituale (1).

Quanto alle varie specie o ai vari gradi del possesso la Glossa al § 3 della legge sopracitata così si esprime: « Non omnis detentatio est possessio, sed triplex est; nam alia civilis, alia naturalis, alia detentatio, qualem etiam habet colonus ».

L'interdetto, al dire di Azone (2), si dava: « delecto, sive civiliter, sive naturaliter possideat; non tamen dico colonis ».

Sottilmente hanno disputato i Glossatori intorno alla differenza tra *civilis* e *naturalis possessio*; e le opinioni loro, numerose quasi quanto gli autori, sono ben lungi dal soddisfare alle esigenze di un rigoroso sistema (3).

Nè meno controverso fu l'altro punto, che a noi essenzialmente interessa, come quello che ha tratto ai rimedi recuperatorii, riguardante la distinzione fra possesso propriamente detto, e semplice detenzione. Placentino richiedeva l'*animus domini*, cioè l'*animus* di possedere *pro suo*. Avrebbe dovuto quindi, a rigor di sistema, negare gli interdetti a chiunque pretendesse sulla cosa un diritto che non fosse quello di proprietà; ma egli li concede *utiliter* « non dominis ius in re habentibus, ut emphyteutæ, fructuario, feudatario (4) ». Azone invece, che richiedeva l'*animus sibi possidendi*, comprendeva fra i possessori naturali l'usufruttuario, l'enfiteuta, il vassallo e chi in genere

(1) LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum*, Leipzig 1883, p. 110, not. 1, e 133, not. 1.

(2) Azo, *Summa in ius civile*. Lugduni 1564, p. 216.

(3) DELBRUECK, *Die dingliche Klage des deutschen Rechts*, Leipzig, 1854, § 19; LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius ecc.*, p. 133, not. 1; MEISHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, § 24. p. 127, Berlin 1876.

(4) DA BRUNS, p. 106.

ha un *ius in re* (1), e concedeva loro gli interdetti *sibi enim possident ratione iuris quod habent in re*. Ma nè l'uno, nè l'altro determinano con esattezza i casi in cui gli interdetti sono ammessi, e quelli in cui sono esclusi; tutti però si accordano nel negarli al nudo detentore.

Tale adunque secondo i Glossatori è l'interdetto *Unde Vi*, o meglio l'*actio subrogata in locum interdicti Unde Vi*.

Accanto ad essa, come già nei libri giustinianeî, si incontra la legge di Valentiniano contro la privata violenza. Come la considerarono i Glossatori?

Essa ebbe fin dalle origini carattere di azione penale, e lo conservò nella legislazione Giustiniana, e ancor dopo di Giustiniano per vari secoli. Ma in seguito già in Oriente la comoda ed efficace sua applicazione alla tutela del possesso, e nel medesimo tempo della proprietà, aveva fatto dimenticare quello che era stato il primo obbietto del legislatore, cioè una repressione penale dell'esercizio violento delle proprie ragioni, e aveva posto in prima linea l'effetto patrimoniale che da tale disposizione procedeva. Cosicchè i Bizantini a poco a poco ne fecero un rimedio civile, e procedendo per questa via finirono per fonderlo con l'interdetto, e formarne un nuovo istituto, che tiene della natura di entrambi (2). La medesima tendenza, sebbene in misura molto minore, si manifesta presso i Glossatori. È vero che nella Glossa alla l. 7, Cod. *U. V.*, si parla spesso di pena, e si pone anzi fra le differenze, che intercedono fra l'interdetto e la legge di Valentiniano, questa, che la seconda è penale e l'altro no. Ma Azzone nella sua *Lectura* alle parole della l. 6, C. *Unde Vi. pœna tenetur legitima*, tenta dimostrare che anche l'interdetto riceve carattere di penalità dal fatto che il convenuto deve restituire entro l'anno anche ciò, che a lui non pervenne (3). E d'altra parte nella sua *Summa*, dopo discorso dell'interdetto *U. V.*, nota come contro la violenza anche

(1) Azo, *Lectura in Codicem*, Lutetiae, 1621, p. 615.

(2) Vedi parte II, cap. I, §§ 5-6.

(3) Azo, *Lectura*, p. 615.

in altri modi è permesso procedere *civilliter*, in virtù di varie costituzioni, fra le quali cita appunto la l. 7. Adunque da una parte l'interdetto è pur sempre considerato come il vero rimedio civile, e solo in via secondaria può apparire come disposizione penale; e dall'altra parte, se alla legge 7 è riconosciuto come principale il suo carattere punitivo le è pure sussidiariamente riconosciuta la capacità di funzionare come azione civile. La Glossa ne fa invero una *condictio ex lege* e osserva:

« *Condictio ex lege, quæ dabitur simul pro possessione et proprietate, quod est mirabile (1)* ».

Benchè la si consideri quale un'azione civile, è però tenuta come prevalente in essa la natura e portata petitoria, e i suoi effetti possessorii sono considerati come indiretti e come accessori. Infatti Accurzio alla l. 8, cod. *U. V.*, osserva:

« Cum non sit possessorium, sed petitorium constitutionum » iudicium. Etsi enim per illud restituatur possessio, non tamen » propter hoc possessorium dicendum erit; quia sic rei vindictio possessorium diceretur ».

Ciò posto, pur ammettendo che la *condictio ex l. 7* non spetti se non al solo possessore giuridico, come già l'interdetto, può parere che venga a mancare fra i due rimedi ogni legame. Ma così non è. Poichè, come già nella dottrina dei giureconsulti romani, così anche in quella dei Glossatori il concetto informatore di tutti i rimedi recuperatori è quello della violenza e non quello del possesso. E appunto nel concetto della violenza si toccano e si ricongiungono i due istituti, poichè alla sua repressione mirano entrambi, sebbene per via diversa. Ma allora sorge la necessità di spiegare la coesistenza di due rimedi miranti al medesimo scopo; e di ciò appunto si preoccupa Accurzio, allorchè nel commentare la l. 8, Cod. *Unde Vi*, si domanda: « Sed quæro, quam utilitatem hodie habeat hoc interd. *U. V.*; » cum per constitutionem si quis in tantam (l. 7) violentia puniatur? ». Le differenze che egli e gli altri Glossatori mettono

(1) Azo, *Lectura*, p. 618: « Conditiones quædam competunt pro possessione, non proprietate, non autem invenitur quod pro utraque competat, et dicatur possessorium et petitorium. Sed condictio ista videtur pro utraque competere ».

innanzi sono molto numerose e sottili e si possono riassumere così:

La l. 7 è un rimedio penale, l'interdetto civile; il primo è perpetuo, il secondo annuale; — contro la costituzione si dà appello, contro l'interdetto no; — la costituzione compete tanto pei mobili, come per gli immobili, l'interdetto per questi soli; — con il rimedio della l. 7 si ottiene il doppio, con l'interdetto il semplice, ma con tutte le accessioni, i lucri ed i danni; — nella costituzione, a differenza dell'interdetto, non occorre il dolo; — infine; al dire di Accurzio, « citius expeditur in in- » terdicto, quam in constitutione; forte ne vult actor pœnam ».

Di queste varie differenze la più discussa fu quella riguardante il dolo. Placentino, prendendo troppo alla lettera e interpretando restrittivamente quanto Giustiniano dice al § 1 *De vi bon. rapt.* delle Istituzioni, aveva sostenuto che della pena di questa costituzione era tenuto solo colui, che *violentiam intulit sine dolo, ut cum credidit sibi licere*. Ma Alberico e Giovanni Bassiano obiettarono che se essa ha luogo quando non vi è dolo, per più forte ragione deve pure applicarsi quando dolo vi è. Se no: « melioris esset conditionis qui sciens facit contra legem, quam qui facit ex ignorantia, quod esse non debet (1) ». La questione però non francava la spesa di così vivo dibattito.

Assai più interesse presenta invece la questione, che si faceva per determinare se il rimedio della costituzione, la *condictio ex lege*, competesse al solo possessore o a qualsiasi detentore. Azone uguaglia perfettamente la costituzione all'interdetto, richiedendo il possesso, civile o naturale, e negandola al detentore, p. e. al colono, se esso non interverta il proprio titolo (2). E questa era l'opinione dominante presso i Glossatori. Ma al dire di Odofredo, Giovanni Bassiano sarebbe stato di contrario avviso (3); e Roffredo scrive:

(1) AZONE, *Lectura*, p. 617; *Summa*, fol. 216; Glossa alle parole: « *Earum rerum* » l. 7 Cod. U. V.: « *præterea secundum Placentinum* » si agerem contra dolosum, exciperet quod dolo fecisset: et sic allegatio suæ turpitudinis sibi proficeret: quod esse non debet ».

(2) AZONE, *Lectura*, p. 617.

(3) ODOFREDO, ad l. 7, C. *De Vi*, n. 17.

« Quidam dicunt, quod habent (coloni) utilem conditionem » ex l. 7, C. *De vi*, ut dicant: *possessionem id est detentio- nem*, et ducunt in arg. l. 14, C. 11, 47 (4) ».

Ma alla questione non fu data tutta quella importanza che si meritava. Il che si spiega però col fatto che al detentore si era provveduto per altra via, come si vedrà fra breve.

Fin qui del possesso delle cose, e delle sue difese; poco di sostanzialmente nuovo hanno introdotto a questo proposito i Glossatori, che si mantennero ligi alle fonti giustinianee; con assai maggiore libertà invece procedettero nella materia del possesso dei diritti, e delle sue difese.

§ 2.

Del possesso dei diritti essi si occupano quasi solo di passata; e le loro opinioni sono ben lungi dal concordare anche intorno ai punti di maggiore importanza. Tuttavia i loro discordanti e dispersi accenni bastano a dimostrare quale svolgimento sostanziale essi avessero dato a questa parte della dottrina possessoria.

Abbondano i passi in cui si riconosce conformemente alla teoria romana che le cose incorporali non si possono possedere, e fra tutti è decisivo questo della Glossa alla l. 9, *De hereditatis petitione* (v, III, 9):

« Incorporalia, ut servitutes, improprie quis dicitur possidere, et magis improprie creditor ius quod habet in debito, » impropriissime, cum ipse debitor dicitur hoc ius possidere ».

Ma qui, come in ogni periodo di formazione di nuovi concetti giuridici, si verifica quella stessa discordanza che già abbiamo notata nella giurisprudenza romana fra la nozione puramente teorica del possesso, e quella pratica della violenza e della sua repressione. Discordanza, che è promossa dalla consuetudine giudiziaria (la quale vien man mano derogando al diritto scritto), e che in seguito si riflette nello stesso diritto scritto con l'esten-

(4) ROFFREDUS, *Tract. ord. jud.*, lib. VIII, *De l. 7 C. De Vi*, n. 22. DI BRUNS, p. 115.

dere le disposizioni contro le violenti sottrazioni del possesso oltre i limiti che la definizione di questo comporterebbe.

La Glossa nega l'interdetto *U. V.* a chi abbia un diritto sulla cosa, che non importi la detenzione della medesima. Essa si domanda:

« An ei qui de reali servitute deicitur competat? (1) » E risponde negativamente.

Ma già Placentino dava l'interdetto *U. V.* utile *etiam iuris possessori*; senza insistere sul fatto che si tratti di quei diritti che traggano con se di necessità la detenzione.

La Glossa poi, a proposito della l. 7, Cod. *Unde Vi*, domanda se la condizione nascente da essa abbia luogo:

« In iuribus prædiorum urbanorum, rusticorum, et præbenda » alicuius clerici ».

E dà questa soluzione: *Videtur quod non.*

Ma tosto aggiunge:

« Et hoc dicit Jo(annes Bassianus) quod potest dici esse verum mero iure; sed utilis habeat locum argum. Dig. de serv., » l. 20... ».

Dunque la *condictio ex l. 7* utile compete ai possessori di un diritto di servitù rustica od urbana qualunque, e, quello che vale ancor più, al chierico che posseggia una prebenda.

Con l'*utilis* e col *quasi*, aggiunto non solo alla parola possesso, ma a tutte le parole della terminologia possessoria riguardante il possesso delle cose, essi finirono con l'estendere i rimedi recuperatori ai diritti in generale. Alcune poche notizie di processi di quel tempo ne danno una prova evidente.

Pillio nelle *Quæstiones aureæ*, al n. 21, ha questo caso: Un contadino affitta un fondo. Per trent'anni egli, oltre al pagare il prezzo, presta certi servigi al proprietario. Alfine, trovando che nel contratto di affitto non è tenuto a tali servigi, ne rifiuta l'ulteriore prestazione. Il proprietario perciò lo conviene in giudizio. Pillio così giudica:

« Mihi videtur distinguendum, qualiter dominus agat, utrum » iudicio possessorio, ut illa qualis qualis possessio, quam ha-

(1) Gl., « fructuario » l. 3, § 13, *De Vi*, D. 43, 15.

» buerit, restitatur, an agat personaliter ad servitia. In primo
 » casu sine personarum distinctione pronuntio, eum ad illam
 » qualem qualem possessionem restituendum arg. l. 1, § 2, de
 » itinere ».

Adunque è ammessa la reintegrazione nel possesso di un diritto di obbligazione.

Roffredo (1) nel suo *Tractatus ordinis iudicarii*, trattando del possesso di vari diritti, quali: *certi redditus, servitia quae praestant rustici, ius colligendi pedagium, ius patronatus*, dice che la questione, se ad esso si possa estendere l'interdetto *Unde Vi*, è: *utilis et multum de ea tota die dubitatur*; e soggiunge:

« Advocati mei temporis et iudices ita servant hodie, ut ponant utile inter. *U. V.*, vel utilem actionem subrogatam in locum interdicti, vel utilem constitutionem si quis in tantam » (l. 7, C. *U. V.*).

E nel dare la formula per il libello da presentarsi in tali casi da chi voglia agire per la reintegrazione, scrive:

« Vobis domino A. conqueror ego R. de M., a quo peto restitutionem vel quasi iuris, v. c. ut praestet singulis annis caponem vel spallum, a quo iure me spoliavit vel quasi, unde restitutionem vel quasi peto. Ad hoc propono interdictum *U. V.* utile, vel actionem subrogatam etc.... ».

Egli poi ricorda uno di tali giudizi quasi possessorî avvenuto fra due conventi di Bologna, di cui uno richiedeva dall'altro: *quasi restitutio cuiusdam annuae procurationis*, la quale sarebbe, al dire del Du Cange: *praestatio eorum, quae sunt necessaria ad victum et vestitum*. Il maestro di lui Azone difendeva il chiostro convenuto. Da quanto dice Roffredo, egli non avrebbe punto negato che possesso di tali diritti vi possa essere, e che conseguentemente si possa domandarne la restituzione mediante un'azione possessoria; ma avrebbe sostenuto che per ciò occorre che si provi l'esistenza stessa del diritto. Il canonista Huguccio (2), giudice nella causa, diede torto ad

(1) BRUNS, op. cit. p. 122.

(2) BRUNS, p. 123, not. 2.

Azone, osservando che egli confondeva il petitorio col possessorio; e Roffredo nel riferire questa sua sentenza aggiunge: *et eum hodie multi sapientes sequuntur*. Egli però rimane dell'opinione del maestro. Ciò, che essenzialmente si dedurrebbe dalla controversia, è che veniva riconosciuto come possesso l'esercizio di un diritto di obbligazione, e come spoglio di tale possesso l'impedimento ad ottenere le dovute prestazioni. Spoglio che può aver luogo, al dire di Roffredo, o per parte dell'obligato, allorchè si rifiuti di pagare, o per parte di un terzo, che si faccia pagare quanto quegli doveva.

Senonchè Roffredo travisò la questione, e fece dire e fare ad Azone il contrario di quanto egli disse e fece; il che appare luminosamente da una delle *Quæstiones* di Azone, pubblicata per la prima volta recentissimamente dal Landsberg (1). La questione, che è la XI, tratta questo stesso caso, con la sola differenza che è sostituito al convento attore lo stesso vescovo di Bologna. Il vescovo va al chiostro per esigere la procurazione, ma *abbas et monachi denegarunt sibi dictam procurationem et ipsum et eos, qui cum eum erant, vi expulerunt*. Si domanda se il vescovo può proporre l'*U. V. vel utile, vel directum*.

Si comincia col sostenere l'affermativa, confortandola delle seguenti ragioni. « *Talis procuratio quædam servitus est vel* » quasi, nec obstat quod non habet continuam solutionem, sed » annuam quamdam præstationem ». Essa è dovuta da un fondo certo, che è la chiesa di S. Pietro. Segue un lepidissimo confronto fra le pecore, per cui spetti una servitù di pascolo, e i monaci di S. Pietro. La legge dice in genere che gli interdetti possessori competono per le servitù; perchè non competerebbe l'*U. V.*? Non osta che si dica non potersi possedere le cose incorporali, poichè esse: *quasi possidentur*. Infine si osserva che « *sæpe intenditur possessorium super decimis sive iure patro-* » natus, licet sint incorporalia, et ita fit Bononiæ etc... (2) ».

Stanno per la negativa le seguenti ragioni: *Possidentur sola, quæ corporalia sunt. Dicitur expressim, quod U. V. inter-*

(1) LANDSBERG, *Die Quæstiones des Azo*, Freiburg, 1888, quæst. XI, p. 75: *De episcopo qui petebat procurationem sibi longo tempore præstitam*.

(2) LANDSBERG, op. cit. p. 76, 77.

dictum non datur pro servitute. Del resto questa procurazione non è neppure una servitù, ma una obbligazione personale ecc. (1).

Ed ecco la soluzione di Azone. Premette che ammesso per questo caso un rimedio possessorio, tanto varrebbe proporre l'*Unde Vi* come l'*Uti possidetis*. Ma tosto soggiunge che egli non crede possa farsi luogo all'interdetto, poichè queste procurazioni non sono servitù o quasi servitù, ma *personalissimæ præstationes*. Non posson quindi difendersi con l'azione reale o confessoria, e con la protezione possessoria che è inerente all'azione reale; ma solo con l'invocar la prescrizione o col produrre il titolo. Egli fa però queste due importanti osservazioni.

Anzitutto non nega che la cosa stia diversamente per rispetto alle decime e ai diritti di patronato, *quod magis versatur circa res certas*.

In secondo luogo osserva in chiusa alla sua soluzione: « Et » hoc forte de subtilitate legum; forte de subtilitate canonum » potest intendi possessorium pro quolibet iure, ut in causa 2 » ibi *nullus* (2), licet ibi non loquitur de iure recuperandi per » formulam actionis, sed exceptionis auxilio repellendi adversarium ab actione (accusatione), donec restituatur in pristinum statum (3) ».

Non si potrà quindi più col Bruns ritenere che la nuova tendenza ad allargare smisuratamente la materia del possesso dei diritti, già sì manifesti in tutta la sua pienezza in uno dei più grandi Glossatori; ma si dovrà perciò col Landsberg affermare che per tal modo cada tutta la costruzione, che il Bruns fondava sul passo inesatto di Roffredo, per dimostrare l'applicazione della tutela possessoria anche a diritti non reali? A noi pare più nel vero quanto lo stesso Landsberg osserva in seguito, cioè che qui Azone combatte una disperata battaglia contro le tendenze del suo tempo, dominato omai dalle idee canonistiche; tant'è vero che Huguccio nella disputa realmente avvenuta gli diede torto, e che lo scolaro di lui Roffredo non

(1) LANDSBERG, op. cit. p. 78, 79.

(2) Infatti la sentenza di Huguccio si fondava su questo passo. Vedi LANDSBERG op. cit. p. 107.

(3) LANDSBERG, op. cit. p. 80, 81, 82.

fu più in grado di capirlo (1). Si dica pure che Azone ancora si attiene strettamente ai principî romani, ma è però dimostrato che i più ormai ammettevano i principî opposti, derivandoli dal d. canonico, ed estendevano la protezione possessoria anche oltre il limite dei diritti reali. E Azone lo riconosce con il suo interessantissimo accenno all'eccezione di spoglio, sul quale avremo occasione di ritornar fra non molto.

Che si desse ormai senza contestazione la difesa possessoria per diritti, i quali non si potevano dir reali nel senso stretto della parola, ma che ai reali si assomigliavano, è ammesso dallo stesso Azone, ove egli parla delle decime e del diritto di patronato, ed appare con maggiore evidenza ancora dall'esempio seguente.

In una lite fra Sant'Alberto, vescovo di Vercelli, e il comune di Casale, dibattutasi nel 1196 innanzi a Guido de Putheo, *imperialis curiæ iudex* (2), l'avvocato del vescovo, dopo varie questioni petitorie, in linea di possesso:

« De Ansareto proponebat in factum actionem redditum loci
» interdicti unde vim, ad recuperandam possessionem, cum epi-
» scopus Vercellensis per quos investierat de ipso Ansareto il-
» lum possideret, et comune Casalis campanis sonantibus, et
» manu armata ipsum Ansaretum intravit, nec postea illos, nec
» episcopum possidere permisit (3) »

E inoltre affermava:

« Comune Casalis expulisse episcopum de quasi possessione
» iurisdictionis et districti ipsum expellendo vel venientem,
» inscripta facere volentem, non admittendo »,

Per il che:

« Conquerebatur super quasi possessionem omnium prædicto-
» rum, desiderabat restitutionem quasi possessionis in iis, in
» quibus comune Casalis usurpaverat iustitiam Vercellensis ec-
» clesiæ (4) ».

In che cosa consistessero queste *omnium prædictorum*, è detto in seguito:

(1) LANDSBERG, op. cit. p. 106.

(2) FICKER, *Urkunden zur Reichs-und Rechtsgeschichte Italiens*, n. 192.

(3) FICKER, op. cit. p. 234.

(4) FICKER, loc. cit.

« Conquerebatur super iurisdictione et districto prædicti loci »
» Casalis, scilicet placito, bannis, successionibus et aliis, quæ
» ad iurisdictionem et districtum ipsius loci pertinet, et de ri-
» patico, piscatico, calendatico, curadia, mercato, convesatico,
» bancario, ecc. (1).

Il rappresentante del comune opponeva varie eccezioni e allegava vari diritti del comune; eccezioni e pretese che furono parte accolte e parte respinte dal giudice; ma nè il rappresentante del comune, nè il giudice accennano anche solo lontanamente a negare che vi possa essere tale quasi possesso, e la conseguente quasi restituzione in linea di diritto. Anzi la sentenza lascia in disparte il *quasi* e parla senz'altro di possesso di tutti i diritti sopra enumerati.

Come intorno a quasi tutti gli altri punti della dottrina possessoria, così anche intorno a questo i Glossatori non hanno fermati con precisione e con rigore di sistema i propri concetti. Mancanza questa dovuta al fatto, che il diritto passava allora mercè l'opera loro per uno stadio di elaborazione molto attiva, d'onde necessariamente nascevano, come già a Roma, delle numerose disuguaglianze fra la teoria e la pratica. La definizione materiale e affatto restrittiva che essi danno del possesso, l'insistere sul fatto della detenzione, il negare che possesso vi possa essere per le cose incorporali, farebbero credere che i Glossatori non si siano mai scostati di un punto dall'antico concetto romano; ma d'altra parte la grande estensione data al quasi possesso, estensione, la quale, per quanto in alcuni punti sia non ben chiara e tale da far sospettare che essi non fossero ben coscienti di quel che facevano, tuttavia abbraccia anche i diritti di obbligazione; e inoltre la circostanza che molto spesso si tralasci il *quasi* per parlare senz'altro di possesso di diritti, dimostrano chiaramente come omai l'idea che il possesso sia l'esercizio di un diritto e non il semplice fatto materiale di insistere su di una cosa, non era più estranea a quelle menti, come non lo era stato del resto alle menti degli ultimi giureconsulti romani. Però i Glossatori affermano già

() FIGER, op. cit. p. 235.

esplicitamente il nuovo concetto, mentre i Romani non fecero che accennarvi lontanamente.

Questo successivo svolgimento del concetto del possesso, contenuto in germe già nella dottrina dei giuristi romani, siccome a suo luogo abbiamo dimostrato, si venne effettuando assai rapidamente nei Glossatori, non solo per necessità di sistema, cioè in virtù di quella spinta iniziale che gli avevano dato i Romani, ma mercè l'influenza dei nuovi diritti, che erano sorti e si erano radicati nella vita medioevale italiana accanto al diritto romano, e che erano in modo speciale favorevoli a tale svolgimento.

§ 3.

Alle presunzioni giuridiche è fatta nelle teorie processuali dei Glossatori e dei Postglossatori una parte molto più larga che non nella dottrina dei giureconsulti romani. Il Bruns crede che ciò sia dovuto all'influenza che il sistema probatorio dell'antico diritto germanico in vigore nella pratica forense dell'Evo Medio esercitò sulle menti dei Glossatori. Infatti se con una dottrina probatoria, quale la romana, in cui era lasciata al giudice la più grande libertà nella valutazione delle prove e nel pronunciare la sentenza in base unicamente alla sua persuasione morale, poca importanza potevano avere le presunzioni; massima invece dovevano acquistarne in un sistema probatorio affatto oggettivo come il germanico, in cui più che della convinzione del giudice si teneva conto di quanto appariva e si riteneva per vero solo quanto era stato sostenuto con determinati mezzi di prova. Ciò rendeva molto prolisso e costoso il processo, e il solo mezzo che il giudice avesse per rimediare a tali inconvenienti era quello di ricorrere ad artificiosi mezzi di prova ed indizi come il giuramento e le presunzioni (1). L'Heusler crede problematica tale influenza dell'antica teoria probatoria germanica su la dottrina dei Glossatori (2).

(1) BRUNS, Der ältere Besitz und das Possessorium Ordinarium (*Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, IV (1860), p. 55).

(2) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 309.

A noi pare che la generale osservazione del Bruns non solo dia una spiegazione adeguata ed un fondamento storico a tutta la teoria delle presunzioni, quale si incontra presso i giuristi medievali italiani, ma concordi anche con i motivi, che l'Heusler stesso mette innanzi per spiegare il largo uso che di alcune presunzioni speciali si fece in materia di possesso.

Infatti l'Heusler afferma che tali presunzioni possessorie (le quali, diciamolo subito, consistono essenzialmente nell'attribuire a chi più anticamente possedette i vantaggi e la qualità di possessore) furono introdotte per evitare le difficili e per lo più infruttuose ricerche sul possesso presente. Ora ammettiamo pure che tale difficoltà e infruttuosità siano inerenti in massima parte alla natura stessa della ricerca; ma allora vien fatto di domandarsi: perchè a Roma la si tentava tuttavia, ed anzi vi si fondava tutto il processo possessorio, contrariamente a quanto avveniva in Germania e in Italia durante il Medio Evo? Evidentemente perchè colà il sistema probatorio eliminava le difficoltà della ricerca, e qui invece le accresceva col suo formalismo e la sua materialità.

Le presunzioni riferentisi al possesso, e più specialmente ancora alla difesa del possesso, sono tre; e tutte e tre si collegano al nome di Placentino.

a) La Glossa *in vacuum* alla l. 12, Cod. *De Probationibus* (iv, 19), dice:

«Dixit P(lacentinus) hic, quod eo ipso quod quis possidet » vel possiderit dominus præsimitur, et vindicat, si a possessione cadit; quod non placet (1) ».

E la Glossa *dominos* alla l. 5, Cod. *Unde Vi* (viii, 4):

«Sed P(lacentinus) dixit præsumi dominum eum, qui possidet (2) ».

Il presumere dal possesso il diritto di proprietà, per quanto al dire della Glossa non sia principio in quel tempo general-

(1) DELBRÜCK, *Die dingliche Klage*, § 33, p. 186.

(2) Il Landsberg (*Die Glosse des Accursius*, p. 271) osserva che la presunzione di Placentino fu introdotta per evitare la *probatio diabolica*, cioè la prova della proprietà; e che essa fa involontariamente pensare alla teoria possessoria dello Ihering.

mente accolto, dimostra però l'influenza delle teorie germaniche nella materia possessoria. Vedemmo infatti che a chi aveva la *gewere* spettava il vantaggio di provare mediante il giuramento il suo diritto, e che tale vantaggio costituiva appunto la sola forma con cui venisse protetto giudiziariamente quello stato di fatto, che i Romani chiamarono possesso. Placentino adunque con la presunzione soprariferita dava alla *possessio* la stessa importanza e lo stesso carattere della *gewere*, e trasportava alla difesa del possesso un mezzo affatto proprio del diritto germanico. Questo a noi preme unicamente di mettere in sodo; poichè non è il caso qui di ricercare quale altra portata potesse avere tale innovazione, se per esempio essa sia o non (1) stata il tramite per cui la rivendicazione germanica potè mantenersi e si mantenne sotto forma romana, ecc.

b) La Glossa *constituti* alla l. 16, Cod. *De Probationibus* (iv 19), dice:

« Qui enim fuit dominus, adhuc dominus præsimitur... Quid » in possessione? Idem secundum P(lacentinum) et H(ugolinum). » Sed Ioan(nes Bassianus) non idem; quia facilius amittitur possessio quam dominium ».

Accurzio accetta la presunzione di Placentino solo per riguardo all'usucapione, in quanto chi ora possiede e una volta pure possedette si presume aver posseduto nel frattempo.

La Glossa *fuisse* alla l. 4, Cod. *Ad exhibendum* (III, 42), dice:

« Alii... præsument eum, qui aliquando possedit, et nunc possidere ».

Lo stesso principio si trova in Pillio (2).

c) La terza presunzione di Placentino è riferita da Roffredo:

« Reprobatur quorundam advocatorum opinio, in qua fuit etiam » P(lacentinus (3)), quod si aliquando probo me possedissem, » quæ ad te pervenit, præsimitur me possidere et a te vio-

(1) BRUNS, *Jahrbuch*...., p. 32, 57.

(2) PILLIUS, *Ordo iudiciorum*, III, 6.

(3) Il BRUNS (*Das Recht des Besitzes*, p. 118) aveva scritto *Pillius*, ma poi (*Jahrbuch*, p. 58) corresse dietro l'osservazione del Delbrück (op. cit. p. 114, not. 2) in *Placentinus*. Così crede pure si debba leggere, se la sigla è esatta, il Maassen (*Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, vol. II, 1858, p. 456).

» *lentiam mihi illatam, nisi probes, qualiter possideas sine vi-*
» *tio* (1) ».

Prescindendo pel momento da ogni questione intorno a queste due ultime presunzioni, appare evidentemente come esse stiano fra di loro in uno stretto rapporto, e formino insieme questa unica massima: chi una volta possedette si presume ancor possedere, cioè il possesso più antico è preferito al più recente, il quale quindi è ritenuto come vizioso, se non viene provato il contrario. Ed è pure evidente, sempre prescindendo per ora da ogni questione, come tale disposizione ricordi a tutta prima piuttosto i principî del diritto germanico che non quelli del romano.

Le tre presunzioni poi, se prese separatamente hanno già molta importanza, ne acquistano ancora quando vengano fra di loro unite e coordinate, siccome notò giustamente il Landsberg (2).

Il Delbrück, il quale per il primo ha avvertito lo stretto legame, che intercede in questa materia fra la dottrina medioevale e la germanica, trasse però questo suo concetto giusto in origine a conseguenze, che i più dovettero respingere. Infatti egli, considerando come i Glossatori sostengono che il possesso civile perdura non ostante la perdita del naturale, cioè non ostante la deiezione, per il che il possessore civile continuerebbe ad avere l'interdetto *Uti possidetis* contro chi gli tolse la cosa; ritenendo inoltre in base ad un errore di citazione riprodotto dal Bruns che la presunzione di Placentino sua da Roffredo attribuita all'interdetto *Uti possidetis*; ed essendo d'altra parte convinto che unicamente sulla *gewere* più antica si fondi la rivendicazione, cioè l'azione reale del diritto tedesco; vorrebbe vedere nella presunzione di Placentino il tramite per cui tale azione reale passò nella dottrina dei giuristi italiani, e venne

(1) ROFFREDUS, *De libellis et ordine iudiciorum*, titolo *Unde Vi*, § *Quintum* (BRUNS, *Jahrbuch...*, p. 58, not. 81), e non titolo *Uti possid.*, n. 4, come in *Recht des Besit.*, p. 118. Il Delbrück, che aveva riprodotto dal Bruns il passo citato, credendo che stesse al titolo *Uti possidetis*, ne trasse varie erronee conseguenze.

(2) LANDSBERG, *Die Glossa des Accursius*, p. 272.

in causa della loro poca accortezza confondendosi e sostituendosi ai rimedi romani, per modo da informare di se tutta quanta la teoria e la pratica posteriore intorno alle difese del possesso, e da dar loro quel carattere prettamente petitorio che le era proprio. Come egli applichi questo suo concetto specialmente all'*actio spotii*, vedremo a suo luogo (1).

Il Maassen, che insieme ai più respinge queste larghe deduzioni del Delbrück, osserva anzitutto come la presunzione di Placentino miri all'interdetto *Unde Vi* e non all'*Uti possidetis*, e in secondo luogo come nessun indizio si incontri nè nel passo citato nè nella *Summa* di Placentino che il vantaggio derivante da tale presunzione spetti contro qualunque terzo possessore; e conchiude perciò non essere il fondamento giuridico delle azioni possessorie per nulla mutato.

In un solo punto si sarebbe abbandonata la dottrina romana, cioè nell'esonerare l'attore dal provare la viziosa origine del possesso del convenuto e nel dare a questo il carico di provare il contrario (2).

Il Bruns (3) combatte anzitutto l'opinione del Delbrück, il quale dalle parole *quorundam advocatorum* vorrebbe indurre che quella fosse la massima in vigore presso la generalità dei pratici; e in seguito sostiene che tale principio non fu tratto da Placentino dal diritto germanico, ma fu da esso enunciato come un necessario svolgimento di nozioni già contenute nel corpo del diritto romano. Dimostra per mezzo di un minuzioso esame delle fonti romane come in esse si incontri veramente una tendenza a considerare come non interrotto il possesso non ostante una deiezione (4). E conchiude dicendo che questa tendenza del diritto romano fu non solò accolta dai Glossatori e dai Postglossatori, ma fu da essi indipendentemente dalle fonti romane applicata ai loro pratici bisogni. Il Bruns ammette in più luoghi la influenza che la *gewere* e le idee germaniche ebbero su tale ulteriore svolgimento; ma egli pensa che la teorica possessoria

(1) DELBRUECH, *Die dingli. Klague des deutschen Rechts*, §§ 16, 19, 20. 21.

(2) MAASSEN, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, vol. II (1858), p. 457.

(3) BRUNS, *Jahrbuch...*, p. 58.

(4) BRUNS, loc. cit., p. 38-46.

romana era così forte e d'altra parte il diritto germanico ancora così eccessivamente pratico, che questo non poté sostituirsi a quella.

Onde i Glossatori avrebbero bensì svolti i principî del diritto romano sotto l'influenza delle idee germaniche, ma i loro risultati, per quanto ignoti ai giureconsulti di Roma, non sono però tali da non poter esser compresi nella cerchia del diritto da essi creato (1).

Anche l'Heusler si scosta dalle conclusioni ultime del Delbrück, anzitutto poichè egli non assegna alla *gewere* quella importanza decisiva nella rivendicazione del diritto tedesco che le vorrebbe dare il Delbrück, e poi perchè egli non crede che l'influenza del diritto tedesco abbia svestito gli antichi rimedi recuperatori e specialmente l' *Uti possidetis* del loro carattere possessorio (2). Concorda però col Delbrück nel credere che le presunzioni sopra riferite si debbano esclusivamente all'influenza delle idee germaniche, e che in base a tali presunzioni si siano venute effettuando delle radicali immutazioni nella sostanza delle antiche difese del possesso.

Alcuni documenti raccolti dall'Heusler, e riferentisi a questioni possessorie, dimostrano come tali presunzioni avessero veramente una assai larga applicazione nella pratica medioevale. Gli sforzi infatti di entrambe le parti si concentrano unicamente nel provare mediante documenti e testimoni che ad esse spetta il possesso più antico (3).

In una questione sorta l'anno 1197 fra l'arcivescovo di Ravenna, attore, e Pietro Traversaria, convenuto; l'attore:

« Dicebat Ducatum ad ecclesiam pertinere..., et mortuo Filio »
 » Ioannis ducis, Ecclesiam per suos ministros primum ducatus »
 » possessionem occupasse, unde vel possessionem non amisisse, »
 » et potiozem in iudicio, quod est retinendæ possessionis, fore, »
 » vel in iure possessorio, quod est de recuperanda possessione, »
 » obtinere debere. Econtra Dominus Petrus dicebat, se prius

(1) BRUNS, loc. cit. p. 34, 33, 46.

(2) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 305.

(3) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 105.

» possessionem Ducatus adeptum fore, et iuste possidere nunc
» duas partes... (una spettava ad altri) (1) ».

Un teste afferma che: « prius intraverunt ipsum Ducatum
» Nuncii Petri Traversariæ quam Nuncii Archiepiscopi ».

Un altro invece che: « Nuncii Archiepiscopi prius intraverunt
» possessionem Ducatus, et Petrus Traversaria et Taurellus
» (per l'altro terzo del ducato) postea tenuerunt Ducatum usque
» modo ».

Gli arbitri assolsero in linea possessoria il convenuto, non
appare se perchè lo credessero possessore più antico, o in base
al suo possesso presente.

Al possesso più antico è fatto per tal modo nel processo una
parte che è affatto incompatibile con le idee romane, e che ha
solo un riscontro nel diritto germanico. Infatti il possesso pre-
sente, a cui principalmente avevan la mira i giureconsulti ro-
mani, ha omai una importanza illusoria. Ora, se così profonda-
mente è mutata la maniera di considerare il possesso, potranno
rimanere senza mutamento le difese del possesso?

Intanto una prima conseguenza sarebbe questa: che per quanto
si continui ad usare la terminologia romana, tuttavia l' *Uti
possidetis* riposi non più sul possesso presente non vizioso, ma
sul possesso più antico di cui si presume la durata.

Altra conseguenza sarebbe che più non si possa far distin-
zione fra turbamento e deiezione, fra interdetto *Uti possidetis*
e *Unde Vi*, dato che lo spoglio non fa perdere il possesso.
Cosicchè ogni deiezione verrà considerata come una semplice
turbativa; il deietto in luogo di provare il suo possesso e lo
spoglio, non avrà che da provare il suo possesso più antico.

Una prova, che omai non si distingueva più con esattezza i due
interdetti, sarebbe fornita dal documento soprariferito, in cui
per la stessa causa vengono proposti cumulativamente entrambi:

«unde vel possessionem non amisisse, et potiore in iu-
» dicio, quod est retinendæ possessionis, fore, vel in iure pos-
» sessorio, quod est de recuperanda possessione, obtinere debere ».

(1) MURATORI, *Antiqu. Ital.*, 1, col 159, *Sententia arbitrorum*....

E un documento del 1148 dimostrerebbe anche meglio la cosa (1). In una questione tra una Abadessa e alcuni vicini suoi intorno al diritto di eleggere il sacerdote di una chiesa è detto:

«Abbatissa conquerebatur, quod præfati vicini Presbyterum suum Albertum, quem in ipsa Ecclesia Beatæ Mariæ posuerat et ordinaverat, violenter et iniuste expulerant ».

La posizione delle parti in causa sarebbe stata secondo le idee romane affatto nettamente determinata da quanto asseriva l'Abadessa. Eppure essendosi fatta, dietro alcune eccezioni petitorie sollevate dai vicini, questione:

« Quæ pars petitoris onere, aut quæ possessoris commodo in hac causa fungi debeat »;

ecco quanto pretendeva l'Abadessa:

« Eadem namque Abbatissa dicebat, quod in ipsa Ecclesia Beatæ Mariæ Ioannem Clericum posuerat atque de ipsa Ecclesia, ipsiusque Ecclesiæ beneficio illum investiverat;

» Insuper etiam Presbyterum Albertum de eadem Ecclesia et eius beneficio similiter investiverat; et ideo possessionem, quam tempore Presbyteri Lanfranci Prophetæ, aliorumque Sacerdotum antecessorum eius habuerat, *se continuasse dicebat* ».

Non si comprende più qui di quale rimedio possessorio si voglia trattare: se dell'*Uti possidetis* o dell'*Unde Vi*.

L'Heusler ammette che i giuristi medioevali italiani abbiano in teoria concepita sempre la differenza fra turbativa e spoglio, fra interdetto *recuperandæ possessionis* e interdetto *retinendæ*; ma sostiene che anche in essi si incontrano alcune nozioni che turbano il valore assoluto della distinzione. La non esatta separazione fra *possessio civilis* e *naturalis*, l'ammettere che quella continui non ostante che alcuno acquisti la seconda, e l'aver riconosciuto la possibilità che il possesso perduri in molti casi, in cui i Romani ciò non ammettevano affatto, lo inducono a credere che anche la dottrina subisse l'influenza della pratica che si andava svolgendo sotto ai propri occhi, e che per quanto si tenti di riannodare queste novità alle fonti romane, esse siano do-

(1) MURATORI, *Antiqu. Ital.*, IV, col. 29.

vute in ultima analisi al generale principio del diritto germanico, secondo cui la *gewere* perdura non ostante la deiezione.

Ad ogni modo il diritto degli scrittori medioevali, quello che il Bruns specialmente ha messo in luce non è secondo l'Heusler il vero diritto medioevale. Questo è riposto nella pratica; ora nella pratica la distinzione fra i due interdetti non è rispettata, ma e per la turbativa e per lo spoglio esiste una sola azione che non è nè l'interdetto *Unde Vi* nè l'*Uti possidetis*.

Prima di esporre le idee che intorno a questo punto molto oscuro del diritto medioevale ci furono suggerite, oltre che dal dibattito stesso delle contrarie opinioni degli autori, dall'esame di un documento molto importante pubblicato dal Ficker, del quale ci siamo già valse più sopra (1), ci pare opportuno avvertire come in genere nel trattar la questione non si tenga abbastanza conto della confusione che regnava nella giurisprudenza medioevale, nascente dal cozzo di diritti così differenti dalla grande varietà di giurisdizioni, e dalla generale ignoranza. A nostro avviso si traggono da troppo incerti indizi conseguenze troppo assolute.

Bisogna ammettere col Maassen che la presunzione, la quale va sotto il nome di Placentino, si mostra al suo primo apparire nel diritto medioevale unita all'*Unde Vi*; ma non si può consentire con lui allorchè dal solo fatto, che nè nel luogo ove la citazione si trova, nè nella *Summa* di Placentino è detto spettare il vantaggio da essa derivante contro ogni terzo possessore, crede di poter affermare il contrario. Intanto le parole di Placentino; *si aliquando probo me possidere rem, quæ ad te pervenit...*, parrebbero invece accennare al trapasso della cosa per le mani di più possessori. E d'altra parte lo spirito della disposizione non respinge, anzi consente una tale estensione.

I documenti prodotti dall'Heusler, e specialmente quello del 1197, riferentesi alla lite fra l'arcivescovo di Ravenna e Pietro Traversaria, dimostrano come realmente si ricorresse alcuna volta nella pratica a tale presunzione. Ma errano il Delbrück e

(1) FICKER, *Urkunden zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, n. 192, p. 233.

l'Heusler allorchè affermano che tale massima dominasse esclusiva nella pratica, e che secondo questa le questioni possessorie si giudicassero in base unicamente al possesso più antico. Infatti il documento da noi sopra citato, il quale è pure dell'anno 1197 e tratta di una questione possessoria sorta fra il vescovo di Vercelli e il comune di Casale, dimostra all'evidenza che nella pratica si continuava, nè più nè meno che nella teoria, a ritenere che la deiezione facesse perdere il possesso, e che questo si riacquistasse dall'attore appunto col provare il patito spoglio. Si continuava cioè a trattare l'interdetto con tutto il rigore della dottrina romana. Infatti l'avvocato del vescovo di Vercelli:

« De Ansareto proponebat in factum actionem reatum loci »
 » interdicti unde vim, ad recuperandam possessionem, cum epi- »
 » scopus Vercellensis per quos investierat de ipso Ansareto il- »
 » lum possideret, et comune Casalis campanis sonantibus, et »
 » manu armata ipsum Ansaretum intravit, nec postea illos, nec »
 » episcopum possidere permisit ».

E in altri passi del documento si parla di *expellisse episcopum*, di *non admittere*, e infine di *restituere possessionem*.

È innegabile che la presunzione di Placentino doveva per necessità di sistema condurre a non distinguere più la turbativa dallo spoglio, l'interdetto *Uti possidetis* dall'*Unde Vi*; è innegabile pure che i passi citati dall'Heusler provano che alcuna volta nella pratica tale confusione si faceva. Ma, pur tralasciando la questione se tale confusione della pratica non sia da considerarsi piuttosto come un frutto dell'ignoranza del tempo che come una conseguenza della presunzione suddetta, è anche innegabile che non sempre nella pratica si giudicava allo stesso modo. Infatti il documento da noi ripetutamente citato dimostra come, al pari dell'*Unde Vi*, anche l'*Uti possidetis* continuava ad essere conosciuto nella sua antica forma, e ad esser fondato sul possesso presente non vizioso; e come quindi i due rimedi erano tenuti per anche perfettamente distinti. Infatti il vescovo si lagna separatamente di aver patito degli spogli e delle turbative, e invoca sempre separatamente i rispettivi rimedi:

« De ripatico, piscariis, calendatico, curadia, mercato, bancatico et conversatico, in quibus partim usurpant iustitiam » ecclesiæ Vercellensis, parte iure ipsius uti prohibent... »

E più sotto:

« ... Comune Casalis expulisse episcopum de quasi possessione » iurisdictionis et districti, ipsum expellendo vel venientem, » inscripta facere volentem, non admittendo. De curadia, calendatico, bancatico, etc., dixit, quod prædictum Comune prohibebat episcopum et suos missos libere habere suprascripta »!

Perciò:

« desiderabat restitutionem quasi possessionis in iis, in quibus comune Casalis usurpaverat iustitiam Vercellensis ecclesiæ, in aliis vero desiderabat, ut in iis tueretur »,

» in aliis desiderabat tuitionem possessionis; et quod comune » permitteret iurisdictionem et districtum libere habere episcopum ».

Il Sindaco del comune di Casale nega i due punti distintamente (1), dicendo che il comune:

« Non expulerunt ipsos episcopos, nec venientes inscripta facere volentes repulit, nec aliquos conqueri volentes apud episcopos prohibuit, ne conquererentur vel irent »,

» non prohibuerat episcopos talia habere, nec illos, qui talia » debebant, quominus darent, vetare ».

Non si incontra la denominazione *Uti possidetis*, ma gli avvocati del vescovo:

« proponebant possessorium et retentorium et recuperatorium » il che dimostra in loro la coscienza di proporre due distinti rimedi a due distinti effetti.

Cade quindi l'opinione del Delbrück e dell'Heusler, che omai nella pratica dominasse un solo rimedio, il quale non era più nè l'*Unde Vi* nè l'*Uti possidetis*. D'altra parte è però certo che la presunzione dal possesso più antico al presente influiva alcuna volta nelle decisioni giudiziarie e nella teoria.

(1) Il giudice nella sentenza non si attiene più con la dovuta esattezza alla distinzione; ma è più una confusione di terminologia, che di sostanza, e ad ogni modo non tale da infirmare il significato e la portata dei brani riferiti.

Di fronte ad una così evidente contraddizione di principî appare quanto sia pericoloso il trarre dagli scritti e dai documenti medioevali delle conseguenze troppo assolute; e come nel caso nostro sia più conforme al vero il supporre che il sistema del diritto romano e quello del germanico coesistessero l'uno accanto all'altro senza ancora essersi fra di loro fusi; invece di negare, come alcuno fa, l'evidente influenza dei principî germanici, o di affermare per contro che omai la pratica si informasse unicamente ai medesimi.

Risaliamo ancora un momento dalla pratica alla teoria, e vedremo come, contro quanto pensa il Delbrück, le opinioni di Placentino non fossero punto accolte dai più; poichè Bassiano, Azone, Accursio, ecc., non accettarono pur una delle sue presunzioni, le quali trovarono favore solo nei Postglossatori (2).

Resta a vedersi se la presunzione del possesso più antico al possesso presente, che è fra le più importanti novità del diritto possessorio medioevale, si debba considerare come un ulteriore svolgimento di tendenze già in germe contenute nelle fonti romane, svolgimento dovuto appunto alle nuove necessità nascenti in quella società romano-germanica; oppure come una importazione del diritto tedesco, che gli scrittori tentarono per scrupolo dottrinale di porre in armonia col disposto delle fonti romane. La seconda ipotesi ci pare più naturale e più soddisfacente; ma ad ogni modo, tanto nell'un caso come nell'altro, è pur sempre al principio del diritto germanico, per cui la *gewere* perdura non ostante una patita deiezione, che si deve far risalire o in modo diretto o in modo indiretto la presunzione, che nella teoria va unita al nome di Placentino, e la cui applicazione nella pratica ci è attestata dagli esempi soprariferiti.

§ 4.

È noto come la Glossa ammetta l'*exceptio dominii* alcuna volta anche nelle questioni di possesso, cumulando per tal modo il possessorio col petitorio.

(2) LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius*, p. 272, not. 1.

Questa disposizione, che contraddice ai principî in vigore del diritto romano, e che è dovuta esclusivamente ai nuovi bisogni ed alle nuove idee della coltura medioevale italiana, fu dai Glossatori, come tutte l'altre loro innovazioni, riallacciata alle fonti romane. Servi di punto di partenza il principio enunciato alla l. VIII del titolo *De doli mali et metu exceptione* (XLIV, 4):

« dolo facit qui petit quod redditurus est »,

La Glossa *redditurus*, dopo esaminato tale disposto per rispetto alle questioni petitorie, aggiunge *idem in possessoriiis*.

La Glossa *absolutam* alla l. 3 *De Carbon. edicto* (xxxvii, 10):

« illa regula, dolo facit qui petit etc. habet locum et in possessoriiis ».

E la Glossa *Si de vi* alla l. 37 *De iudic.* (v, 1) con maggiore ampiezza sviluppa il concetto:

« Item quæro si ago possessorio quocumque genere interdicti, et tu incontinenti velis de iure domini docere in modum exceptionis, an es audiendus, ut mihi præferaris? Videtur quod sic, ut de doli mali exceptione, quod puto verum.... Alii contra, et de dolo... intelligunt in petitoriis. Sed certe et in possessoriiis idem ».

Però tale intromissione del petitorio nel possessorio non da tutti era ammessa: *alii contra* dice la Glossa; ed infatti questo rimase un punto controverso assai durante tutto il Medioevo.

Che nella pratica si verificasse quanto la Glossa sostiene in teoria, è dimostrato dai documenti sopracitati.

In uno è detto:

« Abbatissa conquerebatur quod præfati vicini Presbyterum suum Albertum, quem in ipsa Ecclesia Beatæ Mariæ posuerat et ordinaverat, violenter et iniuste expulerant. E contra prænominati vicini dicebant, ipsam Ecclesiam Beatæ Mariæ præscripto Monasterio vel eius Abbatissæ per ordinationem, seu per aliquam dispositionem nullo modo pertinere, sed eiusdem Ecclesiæ Sacerdotis petitionem et electionem ad se de iure et ex longa consuetudine pertinere debere firmiter asseriebant (1) ».

(1) MURATORI, *Ant. Ital.*, iv, col. 29.

Nell'altro documento le questioni petitoria e possessoria sono intrecciate e proposte cumulativamente.

Il vescovo di Vercelli non solo allega il suo possesso, e lo spoglio per parte del comune di Casale, ma aggiunge: « quod iurisdictio » et districtus ipsius loci erant Vercellensi ecclesiæ ex dato imperatoris... ». E il comune risponde negando il diritto del vescovo, » e lo spoglio o la turbativa, « dicebat quod ripaticum et piscaria etc... ad ecclesiam Vercellensem seu episcopum non pertinebant; et si pertinerent, dicebat, quod comune non prohibuerat episcopos etc. ». E nella sentenza il giudice dice: « De mercato vero et curadia etc.... quia invenio episcopum de iis fore in possessione, nec comune prædicta asserit ad se pertinere, contra demno ipsum comune ecc.... » (1).

La minore severità ed esattezza, con cui vengono durante il primo medioevo trattate le nozioni giuridiche più sottili, e in ispecie quelle di possesso e proprietà, fu certamente fra le cagioni, che fecero ammettere l'*Exceptio domini* nel processo petitorio.

Ma altre ce ne sono ancora dovute all'influenza che altri diritti, oltre il romano, esercitarono, e alle nuove circostanze e ai nuovi bisogni. Influenze che secondo il nostro avviso si possono riaggruppare intorno a questi tre punti.

a) I Glossatori, come giustamente nota l'Heusler (2) dovevano necessariamente aver dinnanzi agli occhi molte decisioni date in base al diritto germanico, in cui non si distingueva il processo petitorio dal possessorio, ed in cui quindi anche nel determinare a chi spettasse la *gewere* si ammetteva ogni specie d'eccezioni petitorie. I nuovi rapporti giuridici d'origine germanica, trapiantati nella società italica, dovevano d'altra parte necessariamente risentire ancora l'influenza del d. germanico, che in origine li aveva creati e regolati. L'investitura per parte del signore feudale o dell'imperatore doveva in molti casi esser la fonte del diritto di proprietà spettante ad uno dei litiganti; e in tali casi era quasi impossibile che la questione del titolo,

(1) FICKER, *Urkunden...*, n. 192, p. 235.

(2) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 322.

la questione della proprietà, non venisse tratta in campo insieme a quella riguardante il suo esercizio di fatto. Invero nel processo tra il vescovo di Vercelli e il comune di Casale, quegli dice: « quod iurisdiction et districtus ipsius loci erat Vercellensis ecclesiæ ex datu imperatoris ».

b) I Glossatori dovevano pure avere dinnanzi agli occhi certi rapporti speciali del diritto canonico, in cui non era possibile possesso non titolato. Vedemmo, trattando dell' *exceptio spolii*, come nei suoi presupposti non si possa parlare a rigor di termini di proprietà, possesso, detenzione, poichè in ogni caso è pur sempre necessaria una qualità speciale in chi pretende di valersene. Così doveva essere in genere nelle materie beneficiarie e nelle questioni dei patronati; poichè non è possibile che un laico pretenda un beneficio ecclesiastico, o un abate dei diritti episcopali.

Fu necessario anche nel posteriore diritto ecclesiastico che chi intentava l'azione possessoria colorisse il suo possesso, cioè giustificasse il suo possesso col titolo, perchè, come osserva il Bellamera, « absque titulo non potest ibi haberi.... possessio quæ » debeat aliquos iuris effectus habere (1) ». E il Menochio ebbe a scrivere: « causa beneficiorum possessoria dicitur habere an- » nexam causam proprietatis (2) ».

Quanto avveniva ai tempi del Bellamera e del Menochio doveva per necessità verificarsi a quello dei Glossatori, e quindi produr già allora gli stessi effetti.

c) Ma oltre a queste influenze straniere, una se ne riscontra nascente dallo stesso sistema del diritto medioevale. Di gran momento doveva essere allora, in mezzo a tanta incertezza e confusione di giurisdizioni, ogni espediente che conferisse alla brevità ed in genere all'economia dei giudizi. Il largo uso delle presunzioni, ignote al diritto romano, ne è una assai chiara prova. Cosicchè non dovevano quei giureconsulti, meno fidi di quelli di Roma al principio che nulla ha di comune la proprietà col possesso, veder di malo occhio che mediante una pronta e

(1) BELLAMERA, *Sacros. Decis. canonicæ*, Conclusio xvii, p. 7. Venez. 1599.

(2) MENOCHIUS, *De remed. retin. poss.*, III, n. 731.

sicura eccezione petitoria si decidesse in un solo giudizio non solo la questione del possesso, ma anche quella del merito. E che veramente il bisogno di provvedere all'economia dei giudizi dominasse le menti dei Glossatori allorchè ammisero l'*exceptio dominii* nella lite possessoria, appare da ciò, che essi non ne fecero una regola generale, ma vi posero due essenziali restrizioni:

La Glossa *redditurus* alla l. 8, *De doli mali*, dice che il convenuto potrà sollevare l'*exceptio dominii* unicamente:

« si clarum et liquidum sit, quod debet ei reddi »,

« si paratus incontinenti est probare ».

Cioè l'*exceptio dominii* è ammessa solo quando non possa dar luogo a difficoltà od a lungaggini di qualsiasi specie, vale a dire quando il convenuto sia pronto a dar subito la prova del suo diritto; e quando nella determinazione e valutazione di quanto egli chiede non possano sorgere contestazioni.

Il Bruns (1) osserva a buon diritto che, se il negare le eccezioni di dominio in un'azione toglie alla medesima ogni carattere petitorio, l'ammetterle invece non toglie all'azione il carattere possessorio, che essa prima avesse. L'*exceptio dominii* costituisce una semplice limitazione dell'azione possessoria, specialmente poi allorchè essa si ammette solo se la domanda è liquida e la prova fornita immantinente. In tal modo l'azione conserva il suo primitivo carattere, salvo nel caso che essa sia intentata contro chi risulta indubbiamente come proprietario della cosa. Però, se non muta l'indole dell'azione, muta quella del giudizio. Un procedimento apertosi con forme o con intendimenti puramente possessorî si chiude con una decisione sul merito. Il tema del giudizio dal momento in cui il convenuto solleva l'eccezione è mutato. Molte importanti conseguenze possono nascere da tale novazione del giudizio, non però quelle che il Delbrück crede di poterne trarre (2).

(1) BRUNS, *Jahrzbuch*..., p. 70.

(2) DELBRÜCK, op. cit. § 31.

§ 5.

I Glossatori hanno introdotta ancora una innovazione, dovuta ai nuovi bisogni della pratica medioevale, ma che è da essi attribuita al diritto romano. La novità consiste in ciò, che non solo il vero possessore, ma anche il nudo detentore abbia una certa protezione giuridica.

I rimedi, che a tale scopo furono tratti in campo, sono due. Il famoso provvedimento di Valentiniano, di cui, come vedemmo, i Glossatori avevan fatto una *condictio ex lege*, di sua natura tendeva ad abbracciare sotto la sua efficace protezione anche i semplici detentori, in virtù del suo scopo penale e petitorio.

Ora appunto Roffredo, alla domanda: quale protezione possono avere i coloni rimossi dalla loro detenzione, risponde:

« Quidam dicunt, quod habent utilem condictiorem ex l. 7, » C. *De vi*, ut dicant « possessionem id est detentionem », et ducunt in argumentum l. 14, C. 11, 47 (1) ».

Al dire di Odofredo fra questi *quidam*, vi sarebbe pure stato Giovanni Bassiano (2).

Il secondo rimedio sarebbe quello affatto generale dell'*Officium iudicis*. I punti delle fonti romane in cui si vuole trovare un fondamento alla nuova tendenza sono:

La l. 27 *De donat.* (xxxix, tit. v); in cui la Glossa dice: « Alii dicunt, quod (fructuarius) nec naturalem habet possessionem, et secundum hoc per officium iudicis defendatur in suo usu »;

La l. 21 *De hered. petit.* (v, III), ove la Glossa *facile* dice: « Sed quid si rem meam tibi commodavi: nunc reperis penes alium: numquid poteris agere contra eum? Respon. non aliqua actione, sed forte iudicis officio secundum H(ugolinum), et ideo dicit non facile ».

Roffredo alla domanda se i coloni sian protetti in qualche modo, risponde pure: « forte iudicis officio ut l. 1, C. 11, 49 (3) ».

(1) ROFFREDUS, *Tract. ord. iud.*, lib. viii, de l. 7, C. *Unde Vi*, n. 22.

(2) ODOF., *Comm.*, alla l. 7, C. *Unde Vi*, n. 17.

(3) DELBRUECK, *Die dñgl. Klage*, § 27, p. 176.

Il bisogno che nei periodi di maggior perturbazione sociale si ha di proteggere in modo più pronto, assoluto ed anche materiale, se così si può dire, ogni stato di fatto contro le arbitrarie violenze dei privati, può dare una sufficiente ragione di questa novità del diritto medioevale, ignota al diritto romano. Però dalla scarsità degli accenni che vi si fanno, e dalla incertezza con cui viene messa innanzi, appare come tale nuova concezione non avesse per anco avuto nella mente dei Glossatori tutto lo sviluppo, di cui era capace, e che ebbe solo in seguito. Non è inverosimile, per quanto manchino le prove, che l'*officium iudicis*, mercè cui si reintegrava prima del giudizio lo spogliato, abbia contribuito a far nascere questa nuova forma di protezione legale contro le spogliazioni anche indipendenti da una accusa.

§ 6.

La teoria possessoria dei Glossatori, anche solo considerata nella parte che riguarda la difesa del possesso, è ben lungi dal presentare un insieme armonico e razionale di disposizioni. Ciò non deve recar meraviglia, chi consideri le condizioni sociali e giuridiche in cui si trovano i Glossatori. Riforniva improvvisamente lo studio del diritto romano, condotto su le fonti genuine e non più su meschini estratti e compendi, mutilati ed oscuri. Ora quale era la dottrina possessoria, che si rizzava come per incanto agli occhi dei Glossatori di mezzo alla grande confusione ed oscurità e scarsezza delle nozioni, che prima si avevano su tale materia? Vedemmo come nel suo ultimo stadio la giurisprudenza romana accennasse a rompere la primitiva cerchia ristretta e ad avviarsi in quanto riguarda la tutela del possesso per questa via: estendere la protezione a qualunque stato di fatto, indipendentemente anzitutto dall'animo per cui tale stato esiste (e quindi anche al *nudo detenere*), e indipendentemente poi dal modo di essere di questo stato di fatto, sia cioè che esso consista nel tenere una cosa corporale, come nel compiere qualsiasi altra azione. Conseguenza di tale svolgimento doveva essere il concepire il possesso non più come

l'insistere su di una cosa, ma come l'esercizio di un diritto qualunque.

Ma tali accenni sono radi, assai timidi ed incerti; di fatto nelle fonti romane stava ancora scritto: che il possesso consisteva nel detenere, che non si poteva concepire possesso di cose incorporali, che infine i rimedi contro la violenza spettavano al solo possessore. La dottrina del quasi possesso e delle relative difese era ristretta a pochi casi, non però sempre con precisione e rigore di sistema.

D'altra parte i Glossatori avevano sotto gli occhi le decisioni di una giurisprudenza pratica e un numero assai grande di rapporti giuridici, ispirati a principî assai disformi da quanto stava scritto nelle antiche fonti. Il diritto germanico e il canonico, sorti e svoltisi in gran parte affatto indipendentemente dal romano, e un diritto che per quanto conservasse il nome di romano poco ancora conservava dell'antico, avevano mutate le basi e le regole dei rapporti giuridici antichi e molti nuovi ne avevano introdotti. I Glossatori avevano di fronte a se i nuovi rapporti del signore e del vassallo, del proprietario diretto e dell'enfiteuta, del beneficiario, del precarista, del colono, ecc., avevano di fronte tutte quelle posizioni giuridiche affatto speciali create dalla Chiesa e consistenti nell'unione di un ufficio spirituale col godimento di determinate cose e di determinati diritti; e invano cercavano nei libri dell'antica sapienza le norme per regolarli, tanto più che la consuetudine e in molti casi la legge altre ne aveva sancite, che a quelle contradicevano.

Si comprende quindi che i Glossatori non potessero dare alla tendenza, ancor quasi latente del diritto romano a comprendere in se qualunque specie di relazioni giuridiche per rispetto al possesso, il suo logico, naturale e graduale svolgimento, e dovessero invece accontentarsi di farvi un brusco e spesso non sempre razionale riattacco.

Così fu che essi rispettarono le nozioni teoriche romane intorno al possesso, poichè altre nozioni teoriche a quelle contradicenti il diritto medioevale non aveva, per la semplice ragione che esso non era giunto ancora a tanta levatura da riflettersi in distinzioni o definizioni scientifiche. Così fu che essi

non osarono contraddire a quanto le fonti esplicitamente disponevano circa la natura del possesso e l'interdetto *Unde Vi*. Ma nella parte del quasi possesso si può ben dire che essi si sbizzarrirono, e approfittando della minore certezza, che su tal punto regnava nelle fonti romane, vi fecero entrare tutte le idee nuove. Abbiám veduto come la pratica e in parte la dottrina del periodo dei Glossatori abbia esteso il quasi possesso e la relativa quasi restituzione senza limite di sorta all'esercizio d'ogni diritto, eccettuati forse solo i famigliari.

Ciò è dovuto indubbiamente alla influenza della *gewere* germanica. Poichè non è esatto quanto afferma il Bruns (1) che non vi potesse essere *gewere* di un diritto senza *gewere* sul fondo, cioè possesso del diritto senza quello della cosa. Il diritto germanico non faceva distinzione di sorta fra cosa e diritto, e ammetteva una *gewere* indipendentemente per l'una o per l'altro. È ammessa cioè la *gewere* di un diritto, che importi un godimento qualunque, anche quando questo non consista nell'insistere sulla cosa (2).

Ma non si deve d'altra parte misconoscere l'influenza del diritto canonico, la quale in questo punto concordava con quella del germanico in modo efficacissimo, e andava assai più oltre ancora.

Il diritto canonico non aveva per anche, prima del periodo testè da noi studiato, messo innanzi delle vere difese del possesso sue proprie, e tanto meno un concetto nuovo del possesso. Ma la restituzione, che avveniva per ufficio del giudice in base alla *exceptio spolii*, presentava molti punti di contatto e di somiglianza coi rimedi ricuperatori romani, punti che ne facilitarono di poi la confusione o meglio l'unione, come vedremo fra breve. Ora nell'*exceptio spolii* non si faceva distinzione fra cose e diritti e sia nel godimento o possesso di quelle, come nell'esercizio di questi, avveniva sempre una pronta ed illimitata reintegrazione. Dato che allo spogliato accusato veniva concessa la restituzione d'ogni diritto, perchè allo spogliato non accusato, e che avesse intentata un'azione per riacquistare il

(1) BRUNS, p. 331-338.

(2) MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz*, § 87, p. 396, Berlin, 1876.

perduto possesso, non si sarebbe dovuto concedere lo stesso favore?

Del resto la Chiesa, o meglio la pratica canonica, aveva nel frattempo compiuta una sostanziale trasformazione dell'*exceptio spolii*, senza però toglierle nulla della sua antica larghezza.

Un accenno alla applicabilità dei rimedi canonici alla difesa d'ogni diritto si incontra di già, come vedemmo, nella *Quæstio XI* di Azone e si ripete in Roffredo, il quale nel trattare commentando la l. 7, cod. *Unde Vi* della estensione della medesima alle servitù, scrive: « Quod iura possidentur, id est quasi possidentur, habes in c. 3, C. 2, qu. 2, etc., ex quibus colligitur, » quod iura sint restituenda spoliatis et quod a iure quis possit « restitui, sicut a iure præsentandi, colligendi redditus etc... ».

Al diritto germanico si debbono specialmente le presunzioni, che sopra abbiamo studiate, in materia possessoria, e l'ammissione dell'*exceptio dominii*. Ma il diritto germanico cadde colle dominazioni dei Germani, e fu nella teoria soverchiato dal romano, che sempre più rifioriva e acquistava autorità di diritto comune, e dal diritto canonico, che andava prendendo largo fondamento in quella società su cui la Chiesa tanto poteva. Perciò le presunzioni di origine germanica furono assorbite dagli altri diritti che andavano acquistando terreno e specialmente dal canonico.

Il quale partendo da quello fra i suoi istituti che meno distava dalla teorica possessoria, cioè dall'*Exceptio spolii*, seppe di mezzo alla generale confusione trarre e foggiare un istituto nuovo, che si adattava a tutti i nuovi rapporti e alle nuove esigenze, e che dominò poi la stessa pratica e dottrina dei civilisti. I Glossatori già ne risentono la grande influenza, allorchè per bocca di Accurzio, con terminologia nuova per il diritto romano, enunciano la massima, che poi restò come la base, e, per così dire, il motto del nuovo istituto:

« Est enim spoliatus statim restituendus (1) ».

(1) Glos. « ad recuperandam », l. 1, *De vi*, Dig. XLIII, 15.

CAPO II

Fusione del diritto eccleslastico e del civile.

§ 1.

Fin dal suo primo apparire l'istituto dell'*exceptio spolii* produce questi due essenziali effetti, o meglio contiene in se queste due ben distinte disposizioni:

a) Lo spogliato non può essere sottoposto a nessuna accusa prima che gli siano integralmente restituite le cose tolte;

b) Il giudice deve restituire di ufficio le cose tolte allo spogliato.

Vedemmo come nella raccolta dello Pseudo-Isidoro, nelle raccolte e nelle decretali posteriori, e finalmente nella collezione di Graziano queste due disposizioni siano state sempre tenute strettamente unite per modo da formare un solo ed unico istituto, di cui esse non costituivano che due differenti aspetti. Vedemmo del pari come l'istituto non sia mai stato anzitutto un rimedio possessorio nel senso vero della parola, e neppure mai o una vera eccezione o una vera azione, ma formasse uno speciale *officium iudicis* consistente in due funzioni separate, di cui una negativa: respingere le accuse contro lo spogliato, l'altra positiva: reintegrare lo spogliato nel suo stato primitivo.

Intorno a questa concezione fondamentale dell'istituto si accorda la disciplina ecclesiastica di circa tre secoli, cioè dallo Ps. Isidoro a Graziano. Ed anche in seguito per assai tempo, cioè fino alla fine del sec. XIII, non pochi autori vi si mantennero fedeli. Essi continuarono a ritenere che lo spogliato non fosse punto obbligato a proporre *in limine litis* l'eccezione di spoglio, (poichè i canoni non contenevano nessuna prescrizione al riguardo, e d'altra parte la pratica ecclesiastica presentava molti esempi che ad un tale obbligo contradicevano), e continuarono

per conseguenza a considerare tutta la cosa come un privilegio dello spogliato, il quale aveva perciò diritto di non presentarsi al giudizio e di ritenere come invalida la citazione contro di lui fatta, senza che fosse pur necessario che egli allegasse questo suo privilegio (1).

Infatti la Glossa *Convocari* al c. 8, C. III, q. II, dispone:

« Sed numquid veniet allegare privilegium suum? Respondeo » non: cum constet eum esse spoliatum. (Ioannes Teutonicus).

» Tutius tamen est, quod citatus vadat allegaturus privilegium suum, vel appellaturus, si eum gravaverit, nisi quando » constat eum non esse suum iudicem. B(ernardus).

E Guglielmo Duranti (2):

« Item quod est spoliatus; unde non tenetur venire, vel re- » spondere, donec fuerit plene restitutus. Consulo tamen, quod » veniat allegare privilegium suum, nisi notorium sit ipsum » esse spoliatum ».

Questo per quanto riguarda specialmente il primo dei due aspetti del nostro istituto. Ma anche intorno al secondo si continuò a ritenere da molti che la restituzione dovesse aver luogo senza altro per opera del giudice. Giovanni Teutonico, ed altri autori (3) sostengono tale tesi almeno nelle cause criminali, contro una disposizione di papa Innocenzo III, che esamineremo in seguito, e che l'escludeva in ogni causa, criminale o civile che essa fosse.

Ma questa, che era stata fino allora non che la teorica dominante, ma la sola che regolasse il nostro istituto, perdette terreno in uno spazio relativamente assai breve di anni; ed un'altra vi si sovrappose, da essa discordante in vari punti essenziali, frutto di una evoluzione radicale e abbastanza rapida dell'istituzione, la quale pochi anni dopo Graziano, cioè presso

(1) GOECKE, *De Except. spoli*, p. 89.

(2) DURANTIS, *Speculum iuris*, lib. II, part. I, *De citatione*, § 1, num. 11, August. Taurin. 1578, II, fol. 32.

(3) DURANTIS, *Specul. Iur.*, lib. II, part. I, *De petitorio et possessorio*, § 1, num. 7.

gli stessi Decretisti, ci si presenta sotto un aspetto affatto nuovo. Nuovo in quanto le due forme o le due disposizioni, di cui abbiamo detto, si separano e costituiscono: la prima una vera eccezione, la seconda una vera azione. Nuovo inoltre in quanto il nostro istituto è diventato un rimedio possessorio nel vero senso della parola.

§ 2.

L'evoluzione si è compiuta, giova ripeterlo, in meno di mezzo secolo: poco spazio di tempo, ove si consideri per quanti anni tale materia rimase immutata nelle sue ragioni fondamentali. Essa costituisce quindi un fenomeno non frequente nella storia del diritto, in cui le trasformazioni avvengono piuttosto con grande lentezza; nè è facile, di mezzo alla oscurità che incombe su tale periodo in causa della grande scarsità dei documenti editi, e della loro povertà, trarne fuori con sicurezza i motivi.

Il Bruns, basandosi sulle seguenti parole della Glossa alla C. II, qu. II: « Hæc est differentia inter quæstionem istam et illam, » quæ est infra C. III, qu. I, quia hic petitur restitutio in modum exceptionis, ibi in modum actionis »; suppone, che l'essersi formate dall'antico *officium iudicis* una eccezione ed una azione, o, come egli dice, l'essersi dall'antica eccezione separata l'azione per riacquistare le cose tolte, sia dovuto ad una erronea interpretazione data al decreto di Graziano dalla Glossa. La quale, vedendo come egli avesse distribuito i passi Ps. isidoriani in due luoghi distinti, avrebbe creduto che egli intendesse nel primo di parlare di un'eccezione, nel secondo di un'azione (1).

Ma con grande ragione ha obbiettato il Maassen che « siccome Graziano stesso, come dimostra il Bruns, era ben lungi ancora dal pensare ad un'azione indipendente, così l'origine di

(1) BRUNS, *Das Recht ecc.*, p. 168. Però il Bruns stesso riconobbe la giustezza delle osservazioni mossegli dal Maassen. Vedi *Jahrbuch des gem. deut. R.*, vol. IV, p. 74, not. 108.

un istituto del diritto canonico tanto importante ed efficace si dovrebbe ripetere da una mala intelligenza affatto esteriore».

L'esame delle opere dei più antichi Glossatori dimostra, secondo il Maassen, che «la divisione fatta da Graziano, ben lungi dall'essere l'origine della separazione dell'azione dall'eccezione, è stata considerata dal punto di vista sopraccennato solo quando la teoria canonica aveva di già compiuta tale separazione (1)».

Gli antichi canonisti non trovano nessuna differenza fra le due questioni di Graziano, o ne trovano alcuna affatto diversa da quella della Glossa.

Intanto nella *Summa* del Decreto di Rolando Bandinello (in seguito papa Alessandro III) non è fatta veruna differenza fra le due questioni, ed in entrambe si parla dell'obbligo della restituzione:

Caus. II, qu. II «Inordinate vero expoliati restituantur ante «litis contestationem».

Caus. III, qu. I «Omnis expoliatio non canonice facta ante »causæ ventilationem est rescindenda (2)».

E nelle *Quæstiones* di un incerto autore, le quali però cadono tra il 1154 e il 1179 (3), si tratta di un certo arcivescovo, il quale «crimine adulterii notatus; priusquam sit confessus vel »convictus, ab ecclesia repellitur, restitutionem petit et indu- »cias, demum in causam ducitur (4)»; senza però fare nessun accenno al fatto che la domanda sia stata esposta sotto forma di eccezione o di azione.

Il Maassen poi ha pubblicati alcuni brani di antichi canonisti ben più importanti e significanti.

Stefano di Tournay, alla C. III, qu. I, scriveva: «Si quis »quærat, quare hic de restitutione tractat, cum in superiori »causa q. II, tractaverat de ea, dicimus, quia repetit, ut, quod »ibi minus dixerit, hic suppleat. Vel in superiori causa dixerat

(1) MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage (Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, vol. III, 1859, p. 229).

(2) *Summa (o Stroma) Magistri Rolandi*, edita dal Thaner, 1874, p. 16, 18.

(3) THANER, *Die Summa Magistri Rolandi nachmals Papstes Alex. III*, p. LII.

(4) THANER, op. cit., *Anhang. Incerti auctoris quæstiones*; thema I.

» de restitutione eorum, qui per sententiam iudicis inique fuerint expoliati, hic, sive ante sententiam, sive post, sive a iudice, sive ab alio (1) ».

E Giovanni Faventino pure alla C. III, q. I:

« In secunda Q., II C., proposuerat expoliatos non posse vocari ad iudicem, antequam restituantur. In hac autem Q. proponit illos restituendos esse, et licet in prosecutione superioris Q. hoc dixerit, tamen hic repetit, ut aliud addat, scilicet quod non solum per sententiam, sed etiam per officium iudicis omnia præsentialiter sunt restituenda (2) ».

Siccardo da Cremona è pur di avviso che nella seconda questione si ripeta per fare qualche aggiunta (3).

Huguccio ha già un accenno alla diversità di poi stabilita dalla Glossa fra le due questioni:

« Videtur hæc quæstio eadem cum II q., II C.; sed ideo repetit, ut addat de loco, quia omnia iis ablata sunt restituenda iis, et in eodem loco corporaliter, unde fuerunt ablata. Non enim sufficit dare sententiam de restituendo, nisi omnia corporaliter in eodem loco per officium iudicis restituantur, ut infra e. Q. Redintegrandæ. Si tamen subtiliter inspiciantur, alia est hæc quæstio et alia illa. Hic enim quæritur, an spoliati sint restituendi, ibi, an spoliati sint vocandi ad causam ante restitutionem, et ideo ad aliud hic et ad aliud ibi introducuntur capitula, et quasi eadem imò capitula, quæ hic ponuntur, faciunt ad illam quæstionem et ad hanc, et e converso, quæ ibi ponuntur, et ad hanc et ad illam (4) ».

Di questa osservazione di Huguccio tenne evidentemente conto Azzone appunto nel rispondergli a proposito della questione fra

(1) MAASSEN, loc. cit. p. 229, not. 3 (edito da *Cod. lat. Mon.*, 17162, e *Cod. Bamb. B.*, III, 21).

(2) MAASSEN, loc. cit. p. 230, not. 5 (edit. dal *Cod. lat. Mon.*, 3873, e *Cod. Bamb. P.* II, 27).

(3) MAASSEN, loc. cit. p. 230, not. 6.

(4) MAASSEN, loc. cit. p. 230, not. 7 (edit. dal *Cod. lat. Mon.*, 10247, e *Cod. Bamb.*, P. II, 25).

i due chiostri bolognesi in cui esso gli aveva dato torto (1); ove citando il c. II, qu. II, della causa II, dice:

« Licet ibi non loquitur de iure recuperandi per formulam » actionis, sed exceptionis, auxilio repellendi adversarium ab » actione (accusatione), donec restituatur in pristinum statum (2) ».

Ma, osserva a ragione il Maassen, per rispetto ad Huguccio, questo modo di vedere non influì sul modo con cui egli trattò la cosa.

Ora è notevole che, se da una parte questi primi canonisti nessuna importanza o nessun significato sostanziale danno alla collocazione dei vari passi Ps. isidoriani fatta da Graziano, da un'altra parte però essi sono già assai lontani dal modo con cui lo Ps. Isidoro e Graziano concepirono l'*exceptio spolii*. Già per essi questa non è più un unico istituto, in cui la declinazione del giudizio e la reintegrazione si confondano insieme e si operino senz'altro per ufficio del giudice, ma appare come il complesso di vari istituti ben distinti.

Stefano da Tournay al c. I, C. II, q. 2, scrive:

« Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae » sunt res suae vel etiam sedes non per iudicalem sententiam, » sed per violentiam, unde et restituendi sunt per possessoria » iudicia, id est per interdicta vel per actiones in factum red- » ditas loco interdictorum (3) ».

Giovanni Faventino riproduce questo passo letteralmente.

Huguccio al c. 2, C. III, q. 1:

« Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem, ne postea » accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia maiorem » pœnam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio: quid ergo » tunc debet esse? Credo, quod in tali causa vocandus est ad » iudicium et accusandum tam de illo crimine, quam de aliis, » etiam ante restitutionem, si monitus non vult eam petere, ne » fraus sit ei lucrosa ».

(1) Vedi parte IV, cap. I, § I.

(2) *Die Quaestiones des Azo*, XI, ediz. Landsberg, Freiburg 1888, p. 82.

(3) MAASSEN, loc. cit. p. 231, not. 8.

Ciò che immediatamente colpisce in questi brani è l'applicazione di tutti quanti gli antichi rimedi restitutori alla nostra materia. Dapprima si trattava solo della terminologia, in seguito poi dei principî generali direttivi, ora invece di tutta quanta la sostanza degli istituti.

Per tal modo lo spogliato, dopo che l'autorità giudiziaria avrà respinta l'accusa contro di lui mossa, o dopochè egli stesso avrà eccepito tale suo privilegio in *limine litis*, non verrà più reintegrato senz'altro, ma dovrà proporre gli interdetti o le azioni equivalenti per ottenere la restituzione delle cose tolte. I due aspetti o i due effetti del nostro istituto sono quindi nettamente distinti; e non più, dato l'uno, dovrà seguire necessariamente l'altro; poichè non ne è più fatto obbligo al giudice. Onde Huguccio considera appunto il caso, in cui lo spogliato ad arte trascuri di domandar la restituzione.

Per tal modo infine lo spogliato accusato, che prima aveva sempre avuto un trattamento speciale, ora viene nella seconda fase della controversia pareggiato allo spogliato non accusato, a cui già da antico spettavano appunto i rimedi restitutori del diritto comune.

Questa radicale innovazione, compiutasi quasi all'improvviso, è feconda di importantissimi effetti.

Ma anzitutto quali ne furono le cause?

Il Maassen crede siano le seguenti:

a) Nello Pseudo Isidoro, egli scrive, il diritto all'eccezione era limitato ai vescovi, i quali fossero accusati innanzi al sinodo di un delitto. Il sinodo aveva, dopo sollevata l'eccezione, l'obbligo di reintegrare lo spogliato. Ora, pur concedendo che ancora nel XII secolo i sinodi avessero avuto il potere di soddisfare a tale obbligo, che è in contraddizione coi principî della competenza giudiziale, sta però il fatto che i sinodi non erano più le autorità, innanzi a cui un vescovo veniva accusato.

b) Tutta la disposizione ha nello Pseudo Isidoro il carattere di un privilegio politico a difesa dei vescovi. Ma tale rapporto giuridico non ha più nel XII secolo nessun motivo d'essere. Se quindi non si voleva lasciar cadere tutto l'istituto era necessario estenderlo ad ogni persona ecclesiastica. Ma non ogni

giudice, innanzi a cui una persona ecclesiastica era accusata, si trovava in condizione di procedere alla reintegrazione dello spogliato. Il solo espediente che rimanesse era dividere l'azione dall'eccezione (1).

Il Maassen aggiunge che dal passo di Faventino, il quale alla parola *ad synodum* del c. 2, C. III, q. 1, commenta:

«*antiquitus enim omnia in synodo a metropolitano et a com-
provincialibus episcopis celebrata examinari solebant*», appare che i canonisti ebbero presente la prima delle due considerazioni, da lui messe innanzi.

Così pure dal passo dello stesso Faventino al luogo medesimo:

«*Nota quia, quod dicitur de episcopis spoliatis, generaliter
intelligitur de omnibus ecclesiasticis personis*», apparirebbe che essi considerarono la estenzione dell'istituto a tutte le persone ecclesiastiche come una affatto naturale giuridica conseguenza.

Le due ragioni, che il Maassen mette in campo, hanno senza dubbio conferito a preparare questo radicale svolgimento dell'istituto; ma non sono punto, secondo noi, le vere cause determinanti la separazione dell'azione dall'eccezione.

Già notammo come, contrariamente a quanto avviene per lo più riguardo ai fatti giuridici, sia possibile in questo caso determinare e circoscrivere con molta esattezza, e quanto al luogo e quanto al tempo, il punto in cui tale separazione avvenne. Graziano (1150) ancora non vi pensa, ed essa appare già come affatto compiuta nei primi commentatori del decreto di lui, cioè negli stessi suoi scolari e negli altri Decretisti. È quindi in Bologna, o per meglio dire nella cerchia di quella scuola, e nella seconda metà del secolo XII che si deve porre il compiersi di questa importantissima innovazione per riguardo alla nostra materia.

Occorre anzitutto osservare che per quanto Graziano continui a limitare l'eccezione di spoglio ai vescovi, non furono punto i commentatori del suo decreto quelli che la estesero poi per logica di diritto a qualsiasi persona ecclesiastica. Graziano si

(1) MAASSEN, loc. cit. p. 232.

attenne strettamente a quanto era detto nelle decretali, ma la pratica ecclesiastica da gran tempo aveva fatto partecipi dell'importante privilegio preti, monaci, abati, abatesse e perfino dei laici (1); cosicchè i Decretisti non fecero che accogliere questo portato della pratica. Si era quindi presentato assai prima di Graziano e dei Decretisti il caso, che l'eccezione venisse invocata ed applicata presso altri giudici, che non erano nè il primate nè il sinodo provinciale. Ora perchè già presentandosi allora l'inconveniente, a cui accenna il Maassen, l'istituto si mantenne perfettamente inalterato?

Il Maassen dice che il sinodo provinciale non era più nel XII secolo il tribunale, innanzi a cui si accusava un vescovo. Ma tale mutazione, frutto dell'opera centralizzatrice della curia romana, o della generale reazione del potere laico contro l'eccessivo estendersi della giurisdizione ecclesiastica, si era compiuta da tempo (2). E non solo in Italia, ove secondo il Maassen essa sarebbe stata una delle cause della separazione; ma in Francia, ove della separazione neppure a quest'epoca non si incontra ancora nessuno accenno. Ad ogni modo era già compiuta quando scriveva Graziano, il quale con tutto ciò continua a parlare di primati e di sinodi, ed a considerare l'istituto affatto ancora secondo l'antica maniera.

Il chiarimento, che Faventino aggiunge alla parola *ad synodum*, non ha altro valore fuori di quello d'un semplice commento dottrinale, e non è punto collegato con l'innovazione operatasi nel nostro istituto.

L'altro suo passo non fa evidentemente che dichiarare quale fosse il risultato della pratica per rispetto a tal punto, in contraddizione con la disposizione scritta.

Quindi, rilegate le ragioni del Maassen fra le cause preparatorie della separazione, insieme ad altre forse anche più importanti, di cui diremo fra breve, è necessario cercarne la causa determinante in un fatto più prossimo e meno generico; tale

(1) Vedi parte III, cap. v, § 2.

(2) Richter, *Lehrbuch des kath. und evang. Kirchenrechts*, 8ª ediz., Leipzig. 1886, § 45, p. 124, 125; § 206, p. 744, 749.

che più direttamente e più specificatamente si riconnetta con l'effettuarsi del rivolgimento in questione, e col modo con cui esso si è compiuto.

Il passo di Faventino, ove si accenna all'estensione dell'*exceptio spolii* ad ogni persona ecclesiastica, dimostra come i Decretisti non avessero come Graziano rinnegate le innovazioni che la pratica aveva introdotte in questo argomento. Che cosa era diventato l'*exceptio spolii* mercè l'opera della pratica nel periodo che corre dallo Ps. Isidoro a Graziano?

Già lo dimostrammo in un capitolo apposito. Senza perdere della primitiva unità, e senza perdere la sua primitiva natura di rimedio processuale, essa aveva perduta però affatto quella di privilegio politico dei vescovi ed era entrata nel dominio del diritto comune. Ciò si era compiuto essenzialmente con l'ammettere l'eccezione per ogni persona, nelle cause civili, per le cose singole.

Questo lento e graduale rivolgimento aveva accostato l'*exceptio spolii* agli antichi rimedi restitutorî, di cui essa si era nel frattempo appropriata la terminologia non solo, ma anche i principî fondamentali e direttivi. Omai essa veniva concepita non più come un privilegio, ma come un generale provvedimento d'ordine pubblico. Alla mutata natura dell'istituto si deve quindi anzitutto, come a principale causa preparatoria, se fu possibile la famosa separazione.

Il rivolgimento avvenuto nel frattempo in materia di competenza giudiziaria conferì innegabilmente, appunto perchè tentava di abolire le giurisdizioni privilegiate, a produrre la trasformazione, a cui abbiamo sopra accennato; ma non ne è certo il solo fattore.

Ma ci si potrà obiettare: dato che l'evoluzione del nostro istituto nel senso accennato si era compiuta già da assai tempo, e non solo in Italia ma ancora in Francia, perchè non avvenne già prima, ed in Francia eziandio, la separazione? Perchè mancava ancora la causa determinante. La quale fu, secondo il nostro modo di vedere, il rifiorire della dottrina possessoria romana per opera della scuola di Bologna. Fenomeno storico, che cade

precisamente nel tempo istesso e nello stesso luogo (1), già da noi segnati come il punto in cui il grande rivolgimento nella teorica dell'*exceptio spolii* fu compiuto, e che ne può essere quindi la causa diretta e specifica.

Intanto due innegabili effetti dovean produrre il ridestarsi dello studio dell'antica dottrina possessoria, e il presentarsi che essa fece quasi illuminata di un improvviso raggio a quelle menti: uno generale e consistente nell'affinarne il criterio giuridico, assopito per tanti secoli; un'altro speciale e consistente nel presentar loro un gruppo di azioni ben distinte, che si prestavano mirabilmente a tutte le esigenze dell'argomento.

Poichè la disciplina ecclesiastica non poteva trasformare l'antico *officium iudicis* per rispetto alla restituzione in una vera e propria azione, se non attingendo al diritto civile. Ecco quanto scrive a questo proposito nell'introduzione alla sua *Summa* Rufino, uno dei più antichi decretisti:

« De actionibus non agit ius ecclesiasticum, quia de his plenarie et sufficienter agitur in legibus. Amplectuntur quippe » sacri canones ea, quæ in legibus continentur, nisi ipsis sint » contraria (2) ».

Quindi il rivolgimento in tal senso, cioè nel senso della separazione, non poteva compiersi per virtù interna, e per una successiva evoluzione della pura disciplina canonica, ma solo mutuando dal diritto civile.

Ora prima che i Glossatori bolognesi rinnovassero la teorica del possesso, mancava da una parte quella finezza e correttezza

(1) Non importa che le origini dello Studio Bolognese risalgano a quasi un secolo prima, poichè il pieno fiorire della scuola, e specialmente il compiuto rinnovellarsi della dottrina possessoria romana, non possono farsi risalire oltre la metà del secolo XII. Del resto era necessario un certo tempo perchè il diritto possessorio romano potesse introdursi e fissarsi nella cerchia della disciplina ecclesiastica; e Graziano ci presenta appunto uno dei momenti più interessanti di tale trapasso, poichè egli, che pure tien stretta l'*exceptio spolii* nei suoi antichi confini, d'altra parte, quasi inconscio, le dà una forte spinta nel senso di farne un generale rimedio restitutorio, con l'attingere a larghe mani nei principi della dottrina romana intorno agl'interdetti.

(2) Pubblicato dallo SCHULTS, *Die Geschichte der Quellen und Literatur der Canonischen Rechts*, vol. I, Anhang, p. 246.

di criterio giuridico che facesse sentire come l'antico *officium iudicis* non si adattava più convenientemente alla nuova portata dell'istituto; e d'altra parte la legislazione e la giurisprudenza civile eran ben lungi dal fornire i rimedi che potessero soddisfare ai nuovi bisogni. Ho detto che la forma di *officium iudicis* non si adattava più alla portata più larga che era stata assegnata all'*exceptio spoli*. Infatti se si comprende che l'attuare un privilegio d'ordine politico, concesso a una classe molto ristretta ed eletta di persone, sia affidato come un incarico di ufficio al magistrato, non si comprende più come una garanzia di diritto comune, avente due così distinti effetti, sia intieramente e cumulativamente affidata all'iniziativa del giudice, senza che il privato interessato abbia obbligo di sollecitare l'opera di lui, e di proporre per ciascuno dei due distinti effetti, cioè per la dilazione del giudizio e per la restituzione, due petizioni speciali e separate. Ma che i giuristi medioevali non fossero in grado di sentire da un lato troppo vivamente tale sconvenienza e dall'altro di recarvi rimedio, è provato dallo stato della dottrina possessoria nel primo Medioevo. Ne abbiamo fatto a suo luogo una assai ampia esposizione. Omai, lasciata in disparte ogni nozione teorica, essa si limitava a poche, grette disposizioni pratiche, eccessive in alcuni punti e in molti altri deficienti.

I Germani non avevano recato dal loro primitivo diritto nessuna vera difesa del possesso, e del diritto romano non rimaneva più in vigore che la legge di Valentiniano. Molte leggi romano-barbariche, e la maggior parte degli estratti che se ne fecero ad uso specialmente del clero, non parlano neppure dell'*Unde Vi*, altre lo confondono con la legge sopracitata, altre la ricordano in modo da dimostrare di non averne ben intesa l'applicazione (1). Nella pratica il provvedimento contro la privata violenza teneva solo il campo, e le ripetute citazioni che se ne trovano nel libello di Pietro Crasso, nel processo contro Incmaro Laudunense e in altre liti agitate fra ecclesiastici o

(1) La quale nella pratica fu per molti anni, anche dopo sorta la scuola di Bologna, cioè per buona parte ancora del secolo XII, molto incerta.

per cose di chiesa, dimostrano come questa sola fra le azioni civili restitutorie fosse conosciuta ed apprezzata. Ora essa era ben lungi dal soddisfare ai bisogni dell'eccezione di spoglio.

Come mai l'obbligo di restituire la cosa e la stima poteva applicarsi in materia di vescovadi, e di uffici ecclesiastici? Ma vi ha di più. Il provvedimento aveva effetti penali ed essenzialmente petitorî, invece l'eccezione aveva carattere di disposizione processuale, e quindi per sua natura civile e provvisoria; tendeva a preparare il giudizio sul merito; mentre la legge di Valentiniano toglieva ogni possibilità di ulteriore giudizio. Non era quindi possibile che si pensasse ad applicare la *condictio ex l. 7, C. Unde Vi* alla restituzione delle cose cadenti nell'eccezione di spoglio.

Ma intanto questa, giova ripeterlo, andava sempre più accostandosi alla materia degli antichi rimedi restitutorî, e col progredire dello studio del diritto romano, ne ricavava espressioni, massime e principî. Graziano istesso, per quanto spingesse lo studio di mantenersi fedele alle antiche fonti scritte fino a riprodurre l'anacronismo della restrizione ai soli vescovi e dell'accusa innanzi al primate e al sinodo provinciale, nei suoi detti però gettava tutta quanta la materia in piena teorica possessoria.

Abbiamo posto in luce altrove il dualismo, lo squilibrio che da tale ravvicinamento proveniva nel nostro istituto. Da una parte infatti parrebbe che si debba parlare con rigore di sistema di possesso, di detenzione, ecc., e dall'altra poi si presenta un elemento al tutto straniero alle antiche fonti, che è la istituzione canonica, elemento che perturba e rende vano ogni sforzo che si faccia per ridurre tale materia nei limiti di quegli antichi concetti.

Fu allora che presentandosi innanzi alle menti dei decretisti, che eran non solo periti nel diritto canonico, ma nel romano, e che eran stati a scuola dai Glossatori, da un lato la teorica ecclesiastica intorno allo spoglio e dall'altro la dottrina romana intorno ai rimedi recuperatorî, essi ne operarono la fusione.

A ciò li spinse anzitutto l'analogia che omai fra di loro esisteva, e la forza stessa delle parole; poichè il riscontrare l'i-

dentica terminologia nell'uno e nell'altro campo doveva necessariamente spingerli ad accomunarne pure la materia. In secondo luogo il bisogno di dare forma più rigorosamente giuridica all'istituto canonico. Ad essi, versati nel diritto romano, doveva apparire anormale un accozzamento di così disparate e distinte funzioni in mano del giudice.

E ben dice il Goecke (1) « quum hæc res (cioè l'antico istituto dell'eccez. di spoglio) jam in iurisconsultorum manus » incideret, eam forma quoque iuris induere necesse erat ». E ad essi del pari doveva imporsi la necessità di togliere ogni confusione tra la parte religiosa dell'istituto e la parte laica; di sceverare cioè quanto in essa era dovuto alle condizioni speciali in cui si trovavano gli ecclesiastici e ai rapporti nuovi creati dalla Chiesa, da quanto invece apparteneva al diritto comune di tutti i cittadini.

A tal fine cominciarono col fare della dilazione del giudizio e dell'accusa contro lo spogliato una vera eccezione (2). Questo era stato già nelle intenzioni dei falsificatori francesi del ix secolo il punto più saliente e veramente originale dell'istituto. Lo scopo di Benedetto Levita, di Angilramno, dello Ps. Isidoro, che consisteva nell'impedire o nel render difficili le accuse dei vescovi, era già perfettamente raggiunto con una tale disposizione (3). Per ciò l'eccezione era in antico, e rimase in seguito, la vera e propria istituzione canonica.

La restituzione si presenta già fin dai primi tempi come un accessorio, come un complemento dell'istituto; il quale veniva affidato all'opera del giudice, non tanto per necessità di sistema, ma per opportunità, per assicurarne l'adempimento, il che appare dalle stesse parole di Graziano ove dice che non basta la platonica sentenza del giudice ordinante la restituzione, ma è necessaria la effettuazione di questa per opera di lui. Ne viene quindi per con-

(1) GOECKE, op. cit. p. 89.

(2) Essi non ebbero che a fissare come regola generale quanto fin da principio avveniva in casi speciali; poichè già in antico si presentava alcuna volta il caso, che il vescovo stesso sollecitasse *in limine litis* il provvedimento del giudice, quando questi non avesse d'ufficio respinta l'accusa.

(3) MAASSEN, loc. cit. p. 233.

seguenza che poco importi il modo con cui si ottenga la reintegrazione, purchè questa avvenga in realtà. Nel periodo dei decretisti, che è pure quello dei glossatori, il migliore, più esplicito, più corretto, e più perfetto modo di ottenere la restituzione delle cose tolte, era fornito dagli interdetti possessori nei casi di violenza e contro chi l'aveva commessa, o dall'*actio metus* e dall'*actio doli*, nei casi di paura e di dolo, e contro il terzo possessore; non deve quindi recar meraviglia che essi, forti della massima tramandataci da Rufino, che il diritto ecclesiastico non crea azioni proprie, ma ricorre a quelle del diritto civile, abbiano accolto tutti quei provvedimenti, rimessi a nuovo dalla dottrina laica, nella materia dello spoglio, e li abbiano volti a sostegno di un istituto, che altrimenti sarebbe caduto. La dottrina laica del resto aveva trasformati specialmente gli interdetti, in modo da applicarli non solo alla difesa del possesso delle cose, ma a quello di qualsiasi diritto. Cosicchè essi apparivano viemmeglio conformi allo scopo dell'*exceptio spolii*, che appunto mirava alla ricuperazione di cose materiali e di diritti. È certamente difficile il determinare esattamente quale delle due innovazioni abbia influito sull'altra; se cioè la nuova applicazione degli interdetti fatta dai canonisti abbia influito sulla concezione dei Glossatori, o se per contro questa abbia facilitata quella. Noi propenderemmo per una ipotesi intermedia, suggeritaci dalla considerazione che fra Glossatori e Decretisti vi fu specialmente nel periodo di cui ci occupiamo comunanza di studi e scambio continuo d'idee. È certo ad ogni modo che i Decretisti anche più antichi conobbero molto bene le fonti romane e furono a scuola dai Glossatori, che spesso, cominciando da Irnerio e dai quattro dottori, essi citano nei loro scritti (1). Onde se le teoriche dei Civilisti rinnovate hanno determinata l'opera dei Canonisti, d'altra parte il contributo di questi ha facilitata a quelli la elaborazione e l'adattamento degli antichi materiali romani.

Non fu adunque per la ragione puramente formale della nuova collocazione che Graziano diede ai passi Ps. Isidoriani, e nep-

(1) SCHULTE, *Gesch. der Quell. und Lit. des kan. Rechts*, vol. 1, § 21, p. 103.

pure per le ragioni del Maassen, certamente non infondate, ma troppo indeterminate e lontane e ad ogni modo insufficienti per se sole; ma bensì in virtù del grande incremento degli studi giuridici, avvenuto per opera della scuola bolognese (dal quale tanti istituti, e tante altre innovazioni importantissime ripetono la loro origine), che secondo il nostro avviso, in luogo dell'antico *officium iudicis* avente un duplice effetto, si sostituirono nella seconda metà del secolo XII una vera eccezione e una vera azione, fra di loro nettamente distinte.

L'antico modo di considerare l'*exceptio spolii* non perdurò, come abbiain dimostrato in principio, se non in una assai esigua minoranza di scrittori.

§ 3.

La nostra trattazione a questo punto necessariamente anche essa si bipartisce, dovendo studiare due istituti affatto distinti, cioè l'eccezione e l'azione.

È necessario anzitutto che da noi si determini sin d'ora, con quella maggior precisione, che i dati finora raccolti ci consentono, in che rapporto esse si dovessero trovare fra di loro. L'una e l'altra avevano come presupposto lo spoglio. Ma nell'eccezione i concetti di possesso e di spoglio rimangono ancor sempre come nell'antico *officium iudicis* in seconda linea, per lasciare il primo luogo ad un altro concetto, quello del processo, poichè l'eccezione fu essenzialmente dilatoria del giudizio. Ad essa quindi passò il più ed il meglio dell'antico istituto, anzi in essa questo si continua, poichè unicamente all'eccezione omai si convengono i suoi principî fondamentali, che l'esecuzione non può precedere il giudizio, e che le parti non debbono lottare a condizioni impari. Per tal modo la sola eccezione continuò ad essere la vera istituzione canonica; poichè la dilazione dei giudizi e delle accuse contro lo spogliato era stata, come dimostrammo, lo scopo principale della disciplina ecclesiastica, mentre la reintegrazione non fu trattata che come un accessorio, un complemento. È vero che l'eccezione, non meno che l'azione, divenne un rimedio di diritto laico; ma le sue regole essenziali furono

pur sempre quelle segnate dall'antico diritto della Chiesa. Cosicchè essa appartiene al tempo stesso alla pura disciplina canonica e al diritto comune. L'azione per contro si staccò nettamente dal concetto del processo e si appigliò esclusivamente a quello della violenza e dello spoglio, individuandosi per tal modo, come vero rimedio restitutorio. Il suo punto di appoggio è ancora l'antico istituto ecclesiastico, ma il suo contenuto è affatto diverso. Con ciò si spiega assai agevolmente perchè nel trattare dell'eccezione i Decretisti e i Decretalisti si siano tenuti sempre strettamente a quanto era stabilito negli antichi canoni, mentre con maggiore libertà procedettero in quanto riguarda l'azione, per la quale derivarono regole e principî più dal diritto laico che non dall'ecclesiastico.

Spingendo il nostro sguardo ancor oltre i confini segnati dagli elementi finora raccolti, e considerando i rapporti dei due rimedi da un punto di vista sistematico, o aprioristico che dir si voglia, è facile fin d'ora determinare la condizione dello spogliato di fronte ad essi e di fronte ai due soli casi che si potessero dare, cioè al caso che egli fosse accusato e al caso che non lo fosse. È evidente come a lui si dovessero presentare queste quattro diverse vie, diversamente vantaggiose a seconda delle circostanze:

1° Sollevare l'eccezione, per respingere le accuse criminali o civili mosse contro di lui, e quindi proporre l'azione per ottenere la restituzione delle cose tolte;

2° Sollevare l'eccezione, ottenere per tal modo la dilazione del giudizio, e quindi tralasciare di domandar la restituzione per evitare il giudizio;

3° Senza valersi del privilegio di respingere le accuse con l'eccezione, proporre senz'altro contro l'attore in via riconvenzionale l'azione recuperatoria;

4° Domandare la restituzione delle cose tolte anche quando nessuna accusa fosse mossa contro di lui, valendosi dei rimedi recuperatori dati perciò allo spogliato accusato.

Sempre considerando la cosa dal punto di vista sistematico, è pur facile lo stabilire *a priori* come la seconda via dovesse costituire un abuso contrario al regolare andamento dei giu-

dizi e quindi da reprimersi; come dalla quarta dovesse ricevere l'azione il maggiore impulso al suo pieno svolgimento, quale vero rimedio contro lo spoglio, indipendentemente dalla circostanza di essere congiunto ad un'accusa criminale o civile; e come finalmente, rimanendo ancora nella cerchia dell'antico *officium iudicis*, allo spogliato accusato dovesse nella maggior parte dei casi presentarsi l'alternativa fra la prima e la seconda via, e sulla maggiore opportunità dell'una e dell'altra dovesse principalmente sbizzarrirsi la casuistica dei giuristi medioevali.

CAPO III

L' Exceptio spoli (vera eccezione).

§ 1.

Huguccio nel commento al c. 2, C. III, q. 1, determina con molta esattezza l'applicazione dell'eccezione. Bisogna distinguere se si tratta di una accusa criminale o di una azione civile, e poi se l'accusa è mossa dallo spogliatore o da un terzo:

1° Lo spogliato può respingere: a) ogni accusa criminale per parte dello spogliatore: « quilibet spoliator præsimitur enim suus » inimicus esse, et ideo contra eum non potest agere criminaliter »; b) per parte di un terzo un'accusa criminale che riguardi il delitto, per cui egli fu spogliato: « sed alius etiam ante » restitutionem accusare eos potest de alio crimine, sed non de » illo, pro quo sunt spoliati ».

2° Lo spogliato può respingere ogni azione civile intentata dallo spogliatore o da un terzo, che riguardi il delitto, per cui fu spogliato, o la cosa, di cui fu spogliato: « Sed quid de causa » civili? Respondeo et dico, quod spoliator ante restitutionem » non potest agere contra eum civiliter de crimine, pro quo

» eum spoliavit, nec de re, qua eum spoliavit, sed de alia po-
 » test.... Item dico, quod alius non potest ante restitutionem
 » agere contra eum civiliter de illo crimine vel de illa re (1) ».

Già in Huguccio è considerato il caso, in cui lo spogliato trascuri di domandare la restituzione accontentandosi, anzi approfittando, della dilazione dell'accusa:

« Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem ne postea
 » accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia maio-
 » rem pœnam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio: quid ergo
 » tunc debet esse? Credo, quod in tali causa vocandus est ad
 » iudicium et accusandus tam de illo crimine, quam de aliis,
 » etiam ante restitutionem, si monitus non vult eam petere, ne
 » fraus sit ei lucrosa ».

I provvedimenti contro questa frode si susseguono sempre più severi, come vedremo.

In una lite dibattutasi l'anno 1198 fra un abate ed alcuni nobili, in cui quegli conveniva questi ultimi per violenze commesse contro i suoi e le cose sue, e questi sollevavano l'eccezione di spoglio per alcuni possedimenti e per violenze che pretendevano esser state commesse contro di loro dall'abate, cosicchè era incerto se prima si dovesse dar corso all'una o all'altra delle due domande, Innocenzo III, con la celebre decretale *Cum dilectus*...., sentenziò:

« Nos autem distinguendum esse credimus, utrum spoliationis
 » quæstio ab eisdem nobilibus sit obiecta in modum actionis ad
 » restitutionem petendam, an in forma exceptionis ad intentio-
 » nem adversarii repellendam; quum, ea in modum actionis pro-
 » posita, intelligantur mutuæ petitiones se se tanquam diversæ
 » minime contingentes, ac per hoc iuxta regulam iuris præmis-
 » sam, quæ dicitur: « qui prior appellat prior agat », quæ prius
 » esset proposita prius foret tractanda, quamquam in idem iu-
 » dicio ambæ deductæ vicissimque tractatæ simul essent ea-
 » dem sententia terminandæ. Sed quoniam quæstio illa fuit ab
 » eisdem nobilibus tantum in modum exceptionis obiecta, de co-
 » muni fratrum nostrorum consilio interloquendo pronuntiavimus,

(1) MAASSEN, loc. cit. p. 234.

» ut probationes eorum super ipsa exceptione primitus audirentur, et ea probata legitime abbati non cogerentur respondere » super petitionibus memoratis, donec restituerentur ab ipso, » quum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere. Verum spoliatio in modum exceptionis » tantum probata non est per hoc restitutio facienda.... (1) ».

Con questa decretale la separazione dell'azione dall'eccezione ottiene una sanzione legislativa; e l'*exceptio spoli* diventa una semplice eccezione declinatoria del giudizio.

Ma ciò non avvenne senza contrasto. Giovanni Teutonico sostenne che la disposizione di Innocenzo III aveva luogo solamente nelle cause civili, ma che nelle criminali l'eccezione traeva con se necessariamente la restituzione delle cose tolte:

Glossa *restituat*, C. II, q. II, c. I:

« Dico tamen decretalem illam hic non habere locum, quia » ubi excipitur de spoliatioe contra illum, qui crimen intendit, bene restituitur, si spoliatioem probat, prout intelligo » omnia hæc iura: secus ubi utraque quæstio est civilis ut in » illa decretali c. cum dilectus ».

Tale opinione pare abbia trovato in seguito dei seguaci, perchè Guglielmo Duranti la ricorda attribuendola appunto a Giovanni Teutonico e dicendo:

« Imo enim dixerunt quidam, quod tunc (in causa criminali) » non solum repellitur accusator, verum etiam probata exceptione restituitur (2) ».

Tuttavia l'opinione dominante accettò le vedute di Innocenzo III. Per modo che già la Glossa al decreto pone fra le eccezioni alla regola che lo spogliato *semper statim est restituendus*, anche questa:

« Cum spoliatio est probata in modum exceptionis », Glossa *quidam episc.*, C. III, q. I, c. I.

Goffredo di Trano ripete tale disposizione della Glossa: « item » cum spoliatio obiicitur in modum exceptionis (3) ».

(1) c. 2, x, *De ord. cognit.*, II, 10, ediz. Friedberg., col. 274.

(2) DURANTIS, *Spec. iuris.*, lib. II, p. I, *De pet. et poss. et spol.* Torino 1578, fol. 85.

(3) GOFFREDI DE TRANO, *Summa, De rest. spol.*, Venezia 1570, fol. 86.

E il Duranti, dopo aver riferito l'opinione di Giovanni Teutonico, si pronuncia in senso contrario:

» Diversi tamen sunt effectus: quia spoliatio per modum » exceptionis probata agens repellitur, sed non restituitur; sed » si probetur in modum actionis, restituetur opponens ante in- » gressum principalis causæ ».

La Glossa alle Decretali, alle parole *non est per hoc restitutio facienda*, ne dà questa ragione:

« Quia ad hoc non agebatur. Semper enim videndum est, ad » quid agatur, quia secundum modum agendi, formatur sententia. » Nec enim potestas iudicandi ultra id estenditur, quam in li- » bello est deductum »; cioè: lo spogliato domandava la sospensione del giudizio, e questo solo gli è concesso (1).

La questione più viva, che intorno all'eccezione si sia fatta durante un secolo, mirava a determinare in quali casi competesse contro lo spogliatore e contro i terzi, tanto nelle cause civili, come nelle cause criminali. Tale questione si complica in modo veramente straordinario, poichè si confondono e frammischiano fra di loro vari elementi diversi, e bisogna tenere conto

(1) Un passo del commento alle *Decretali*, scritto da Innocenzo IV (*Commentaria in V. lib. Decr., dec. cum dilectus*, n. 5, Torino 1581, fol. 90), riprodotto quasi letteralmente da Enrico da Susa (Hostiensis) nel suo *Commentario* (n. 26, Venezia 1581, fol. 37, vol. 1): « Hæc autem exceptio proponitur in » perpetuum contra violentum, qui deiecit, de eo, quod ad eum pervenit, de » eo vero, quod ad eum non prevenit, infra annum tantum sicut dicitur in in- » terdicto », potrebbe far supporre che essi intendessero l'eccezione affatto nell'antica maniera. Ma da altri loro passi appare come essi pensassero che la restituzione dovesse domandarsi separatamente, e considerassero il riacquisto delle cose tolte solo come un effetto complementare dell'eccezione. Infatti dice l'Hostiense al num. citato:

« Hanc exceptionem credimus locum habere, sive quis sit spoliatus ita, » quod ei competat interdictum, sive ei competat conductio ex decretali, sive » conductio ex legibus ».

Il che dimostra evidentemente che essi la consideravano come unita a tutte queste azioni, e direi quasi, come il loro antesignano; e non come un rimedio recuperatorio di per se stante. Del resto il limitare l'*exceptio spoli* al modo stesso dell'*U. V.* non si incontra in altri, che noi sappiamo, e può solo intendersi nel senso che essa, presupponendo l'*Unde Vi*, non potesse in ultima analisi avere effetti restitutori oltre la misura da quello consentita.

di circostanze spesso difficili a ben determinarsi; cioè bisogna considerare:

- a) se attore è chi commise lo spoglio o un terzo;
- b) se si tratta di un'accusa criminale o di un'azione civile;
- c) se si tratta di un'accusa vertente su lo stesso delitto, per cui fu commesso lo spoglio, e di un'azione riguardante la stessa cosa, di cui il convenuto fu spogliato, oppure di un altro delitto e di un'altra cosa;

d) se lo spoglio comprende tutto il patrimonio o gran parte di esso, oppure solamente una cosa singola.

Vedemmo come la questione è risolta da Huguccio.

La Glossa ricorda la sua opinione. Glossa *nullum crimen*, c. 1, C. III, q. 1:

« Pro quo fuerant spoliati secundum Hu(guccionem), vel nec » illud nec aliud potest obiici a spoliatore. Sed mirum est, si » aliquis non potest eum de criminibus accusare cum res inter » alios acta, aliis non præiudicet ».

Per quanto riguarda i terzi, Giovanni Teutonico si accostò pure ad Huguccio:

Gl. *nec in aliquo iudicari* al c. 4, C. II, q. II:

« A spoliatore nullum potest obiici crimen spoliato nisi suam » prosequatur iniuriam, vel nisi sit tale crimen, ad quod qui- » libet admittatur. Sed ab alio potest accusari de aliis crimi- » nibus, sed non de illo pro quo est spoliatus. Alioquin delictum » eius maneret impunitum, si de nullo crimine posset accusari » ab aliquo ».

Un passo della Glossa potrebbe far supporre che essa non ammettesse prima della restituzione nessuna accusa, nè civile, nè criminale, tanto per parte dello spogliatore come di terzi. Infatti, nel discutere se meglio convenga allo spogliato domandare direttamente la restituzione mediante l'azione, o sollevare l'eccezione, dice: Gloss. *restituatur*, c. 1, C. II, qu. II:

« Sed si de alio agit adversarius, et tu super alio dicis te spo- » liatum, utilius est tibi, ut in modum exceptionis proponas » spoliationem ».

Chi consideri questo solo passo, nulla trova in esso che gli impedisca di applicarlo alle cause civili (tanto più che è detto

agere e non *accusare*) e di intendere per *adversarius* un terzo e non lo spogliatore. Ma bisogna considerare come la Glossa al decreto abbia solo presente il caso di una accusa criminale, e come del resto con *adversarius* qui si intenda di designare il solo spogliatore; perchè altrimenti essa sarebbe in troppa contraddizione con quanto è detto sopra. Del resto in tale passo la Glossa non ha punto di mira la distinzione che noi ora studiamo, ma intende unicamente di avvertire che chi si vale dell'azione può solo intenderla per le cose di cui fu spogliato, mentre l'eccezione può competere in alcuni casi, che la Glossa non determina essendosene già sopra occupata, anche per altre cose.

Fondandosi sulle parole della decretale *Cum dilectus*, sopra citata: « *Capitula quoque de restitutione facienda loquentia locum* » habere in criminalibus asserebant, et quando quis ab adversario spoliatur, et super re ipsa, qua spoliatus fuerat, convenitur », il Goecke (1) è venuto alla conclusione che anche in quel tempo da alcuni la eccezione non fosse ammessa se non contro lo spogliatore e se non quando l'accusa vertesse intorno alle cose tolte. Ma egli non ha osservato che qui si tratta della azione e non dell'eccezione, poichè dato il contesto di tutta la decretale, all'eccezione non si convengono le parole *capitula de restitutione facienda*. Per contro le parole soprariferite si adattano perfettamente all'azione, come vedremo.

Del pari il Goecke (2) dal fatto, che in tale decretale si eccipisce dallo spogliato lo spoglio di cose diverse da quelle su cui verte la domanda dell'attore, arguisce che si ammettesse l'eccezione nelle cause civili anche quando si trattava di cose diverse da quelle che erano in causa. Ma bisogna osservare come l'abate accusava i nobili di rapine, incendi, omicidi, ecc., e quindi agiva evidentemente in via criminale. È vero che da alcuno si suppose che egli agisse in linea possessoria (3), ma tale

(1) GOECKE, op. cit. p. 97.

(2) GOECKE, loc. cit.

(3) Di questa opinione pare fosse anche Giovanni Teutonico, il quale scrisse (Gloss. *restituatur*, C. 11, q. 11, c. 1): « ubi utraque quæstio est civilis ut in illa « decretali, c... cum dilectus ».

ipotesi è confutata dall'Hostiense e dalla Glossa alla decretale medesima:

Gl. « *in modum exceptionis* » *De ord. iud.*, x, cap. II:

« Quidam intelligunt hanc decretalem cum ambæ quæstiones » sunt possessoriae. Sed hoc non est verum: quia abbas non age- » bat hic possessorio iudicio, imo hic petebat sibi iustitiam fieri » super damnis sibi datis (1) ».

Dunque, trattandosi di causa criminale e di spoglio commesso dall'attore stesso, essa non fa che riconfermare la teorica di Guccio.

D'altra parte poi il Goecke dalle parole « quum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere » vorrebbe indurre che Innocenzo III non ammettesse l'eccezione dello spoglio avvenuto per opera di un terzo. Ma egli non osservò che Innocenzo applica quelle parole al caso speciale, di cui si sta occupando, ove lo spoglio era stato operato dall'accusatore stesso, e che quindi non si può trarre dalla medesima una così larga conseguenza.

Il Goecke (2) infine crede che al tempo di Tancredi non si ammettesse l'eccezione dello spoglio fatto da un terzo, affermando che quegli classifica l'*exceptio spoli* fra le eccezioni *ex persona actoris seu eius procuratoris*. Senonchè ecco il passo preciso di Tancredi:

« Si autem reus non habet exceptionem, quam contra iudicem vel iurisdictionem proponat, opponat exceptionem, si quæ ei competat, ex persona actoris, vel eius procuratoris.... »

« Talis est illa, cum spoliator obiicit *exceptionem spoliationis* » spoliato petenti restitutionem, ut extra de Ord. cogn. *Cum dilectus*, quod spoliatus spoliatori ante restitutionem non cogatur aliquatenus respondere (3) ».

(1) HENRICUS DE SEGUSIO CARD. NALIS HOSTIENSIS, *In Dec. lib. Commentaria*, vol. I, *De ord. cognit.*, *Cum dilectus*, n. 17. Venetiis 1581, fol. 37.

(2) GOECKE, op. cit. p. 98.

(3) TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, lib. II, tit. 5. *De excep. et repl.*, §. 1. (*Tractatus iuris*, tom. III, p. 1, fol. 51, ediz. Bergmann: Pillii, Tancredi, Gratie, *Libri De iudiciorum ordine*, 1842, p. 141). Dal passo soprariferito appare che Tancredi riteneva che nel caso della decretale *Cum dilectus* l'abate agisse in

Qui è detto semplicemente che l'eccezione di spoglio può dirsi eccezione *ex persona actoris vel eius procuratoris* nel caso della decretale *Cum dilectus*, cioè nel caso che accusatore e spogliatore siano la stessa persona. Ma non si esclude che l'eccezione competa per lo spoglio di terzi, nel qual caso non sarà più da classificarsi allo stesso modo.

Certo si è ben lungi dal riscontrare durante tutto questo periodo una qualche uniformità di decisioni relativamente a questo punto.

Gregorio IX fece un brusco ritorno alla teoria Ps. isidoriana con l'ammettere da una parte l'eccezione per qualunque spoglio operato da terzi, e col limitarla da un'altra parte ai soli spogli che comprendevano tutto o la maggior parte del patrimonio dello spogliato; e ciò tanto nelle cause criminali, come nelle civili:

« Ut quando quis fuerit spoliatus omnibus bonis vel maiori »
 » parte, non teneatur interim aliquibus respondere, neque in »
 » civili, neque in criminali causa (1) ».

Il disposto di Gregorio IX fu accolto da Goffredo di Trano (2), il quale scrisse che la spogliazione:

« Proposita in modum exceptionis repellit quemlibet civiliter »
 » agentem.... quemlibet accusantem »,

Ciò però solo nel caso « cum quis spoliatus est tota sua sub- »
 » stantia, vel maiori parte ipsius, et hoc innuunt verba canonis »
 » *nudi et inermes*.

Si comprende dopo ciò come egli potesse dire, paragonando l'eccezione all'azione: *exceptio fortior est et potentior quam actio*.

via possessoria in causa delle patite spogliazioni; il che, come vedemmo, non è. Di qui la confusa dizione del passo in cui è designato col nome di spogliatore colui che nella vera questione possessoria figura invece come convenuto, cioè come spogliato che eccepisce.

(1) ROFFREDI BENEVENTANI, *Libellus super iure pontificio*: P. VI. *Qualiter et quis debeat agere, quando iure Canonico dicit se esse spoliatum*, § 6. Da Goecke, p. 99, not. 6.

(2) GOFFREDI DE TRANO, *Summa, De restit. spol.*, Venezia 1570, fol. 83.

§ 2.

Le incertezze e le contraddizioni, in cui versava una materia così delicata come questa, dovevano necessariamente dar luogo a molti e gravi abusi. Dai quali appunto fu indotto Innocenzo IV ad occuparsi nel concilio di Lione del 1245 dell'eccezione di spoglio. Infatti egli premette:

« Frequens et assidua nos querela circumstrepit, quod spoliationis exceptio, nonnunquam in iudiciis calumniose proposita, causas ecclesiasticas impedit et perturbat ».

E perciò stabilisce:

1° « Ut in civilibus negotiis spoliationis obiectu, quæ ab alio quam ab actore facta proponitur, iudex in principali proce-
dere non postponat ».

2° « Sed si in civilibus ab actore, in criminalibus autem se spoliatum reus asserat a quocumque: infra quindecim dierum spatium post diem, in quo proponitur, quod asserit comprobabit; alioquin in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit, iudiciali taxatione præhabita condemnatur, alias, si iudici æquum visum fuerit, puniendus ».

3° « Illum autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu, quum criminaliter accusatur, qui tota sua substantia vel maiori parte ipsius se per violentiam destitutum affirmat. Et secundum hoc loqui canones sano credendum est intellectu, quia nec nudi contendere, nec inermes inimicis opponere nos debemus. Habet enim spoliatus privilegium, ut non possit exui iam nudatus (1) ».

La decretale di Innocenzo IV contiene ancora due altre importantissime disposizioni, che esamineremo in seguito.

Intanto è necessario notare come la sua teorica per rispetto ai casi in cui si può ammettere l'eccezione fu accolta dai commentatori e canonisti posteriori e costituì la teorica dominante su questa materia.

(1) c. 1, *De rest. spol.* in Sexto, II, 5.

L'accettano tra gli altri l'Hostiense (1) e il Duranti, il quale scrive:

« Et breviter tene, quod ubi civiliter agitur non potest excipi de spoliatione ab alio, quam ab actore facta: ubi vero » criminaliter agitur, tunc potest excipi de spoliatione facta a » tertia persona (2) ».

L'accetta la Glossa in vari luoghi (3).

Il decretalista Bernardo fa un appunto alla prima delle disposizioni di Innocenzo IV. Gloss. *ab actore*, Sexti II, tit. v, cap. 1:

« Et recitat hic Ber(nardus) se non meminisse vidisse aliquem excipientem sic in civilibus »; cioè dice di non aver veduto mai nessuno che eccepisse lo spoglio operato da un terzo nelle cause civili.

L'Hostiense gli contraddice, e sostiene di aver veduto eccepire nelle cause civili lo spoglio di un terzo nel caso che il convenuto fosse diventato in causa dello spoglio non solvente (4), sia perchè più nulla gli rimanesse, sia che la cosa non si potesse sostituire con un'altra, come quando si trattava di un vescovado.

Il convenuto « nec aliquid potest restituere, nec excommunicandus est propter debitum ». Allora, benchè a rigor di termini egli non sia scusato « ratione spoliationis factæ ab alio, » sed ratione impotentiae », tuttavia di fatto avviene che « aliquis » excipiat de spoliatione a tertio facta (5) ».

Comunque sia, la disposizione di Innocenzo IV era necessaria, se non per reprimere un abuso della pratica, almeno per togliere una eccessiva estensione data dalla teoria all'*exceptio spolii* per opera di Gregorio IX, che, come vedemmo l'aveva ammessa contro i terzi anche nelle cause civili, senza neppure quelle limitazioni che si incontrano in Huguccio.

(1) HENRICUS DE SEGUIO (*Hostiensis*), *Comment.*, fol. 12.

(2) DURANTI, *Speculum...*, *De petit. et poss.*, n. 8, fol. 85.

(3) c. 2, x, *De ord. cognit.*, II, 10, Gloss. *non cogetur*; c. 1, in Sexto, II, 5.

(4) HENRIC. DE SEQ., *Op. cit.*, t. II, *ad Sext. Frequens*, n. 4, fol. 12.

(5) HENRIC. DE SEQ., *Op. cit.* tom. I, *De rest. spol.*, n. 2, fol. 53. Si fonda sulla decretale di Innocenzo III, c. 16, x, *De rest. spol.*, II, 13.

Rifacciamoci da principio, e procuriamo di segnare lo svolgimento della dottrina canonica su questo punto da Huguccio ad Innocenzo IV.

Dei quattro criteri che abbiain detto dominare questa materia, i soli primi tre si riscontrano in Huguccio, poichè egli trascurò di considerare se lo spoglio toccasse tutte o maggior parte delle sostanze, o una cosa singola. D'altra parte egli ha tenuto poco conto della distinzione fra cause civili e criminali, poichè la sola differenza che egli fa consiste nello escludere le accuse criminali per qualsiasi delitto per parte dello spogliatore, del che dà questa ragione: *quia spoliator præsумitur suus inimicus esse*.

Egli però ha attribuita una grande importanza al criterio: se l'accusa o l'azione versi sullo stesso delitto o su la stessa cosa, che furono causa o oggetto dello spoglio; richiedendo questo estremo in tutti i casi, salvo che in quello di un'accusa criminale per parte dello stesso spogliatore. Dal che appare, secondo noi, che egli si attenne piuttosto ai risultati della pratica per rispetto all'eccezione di spoglio, che non ai dettami delle genuine fonti canoniche, e come più vivamente che non gli altri risenti l'influenza degli istituti romani a quella affini.

La dottrina primitiva non ammetteva l'eccezione se non nelle cause penali e per gli spogli toccanti tutto o la maggior parte del patrimonio, e poneva come principio fondamentale dell'eccezione nei rapporti delle parti fra di loro la non possibilità che esse lottassero ad armi pari senza una preventiva restituzione. Il che faceva sì che non si distinguesse punto fra spogliatore e terzi. La pratica aveva estesa l'eccezione alle cause civili e alle cose singole, togliendo così in tali casi al principio fondamentale ogni ragion di essere, sia perchè nelle cause civili, allorchè fra queste e le criminali si fece una distinzione recisa quanto alla procedura, non era più luogo di parlare di vera lotta, sia perchè lo spoglio di una cosa singola non poteva togliere la possibilità di lottare ad armi pari. E così Huguccio non ricorda più tale principio; anzi nel solo caso in cui avrebbe potuto ricorrervi, cioè nel caso dell'accusa criminale per parte dello spogliatore, vi sostituisce quello che lo spogliatore si presume ini-

mico dello spogliato e quindi accusatore pregiudicato. D'altra parte, per riflesso delle fonti romane, egli richiede con gran cura, e con gran ragione quando si tratta di cause civili, che l'azione verta su lo stesso delitto, o su la stessa cosa, che lo spoglio. E per la stessa ragione ancora distingue fra spogliatore e terzi.

Senonchè qui è necessario fare un'osservazione a nostro avviso di molta importanza.

La materia dell'*exceptio spoli* per mancanza di riflessione scientifica non era prima di Huguccio e dei decretisti contenuta in regole ben determinate e fisse, da cui si potessero trarre delle sicure conclusioni. Si trattava invece di decisioni prese volta per volta, che avevano bensì tratto il nostro istituto oltre i primitivi confini, ma non avevano punto rinnegati gli antichi principj in quanto fossero ancora applicabili.

Ora è ragionevole supporre che, presentandosi il caso di uno spogliato di tutta o del più della sua sostanza, gli fosse concesso respingere un'accusa mossagli da un terzo, ancorchè riferentesi ad un delitto diverso da quello, per cui era avvenuto lo spoglio, in virtù del principio, trascurato omai nella maggior parte dei casi, ma non abrogato, che egli non poteva sostenersi in giudizio a parità di condizioni contro il terzo. Invece, stando alle regole di Huguccio, un tale spogliato non potrebbe respingere l'accusa del terzo; vale a dire, egli dovrebbe anche a condizioni impari sobbarcarsi alla lotta giudiziale; il che contraddice nettamente alle antiche norme regolatrici di questa materia.

Tralasciando le opinioni intermedie, che poco si scostano da quella di Huguccio, si può affermare che fu questa deficienza di protezione del terzo intieramente spogliato contro le accuse criminali, la cagione che indusse Gregorio IX a rigettare tutti o quasi tutti i nuovi portati della teorica possessoria, ed a ritornare bruscamente all'antica dottrina. Egli infatti si fissò sul solo requisito che lo spoglio dovesse comprendere tutte o il più delle sostanze e tolse ogni distinzione fra spogliatore e terzi, accuse o azioni vertenti sugli stessi delitti o sulle stesse cose, oppure su altri delitti e altre cose, e finalmente fra cause civili e criminali.

Senonchè egli andò in questo punto ultimo più innanzi ancora che l'antica teorica, la quale non ammetteva l'eccezione nelle cause civili. Ora egli invece con l'ammetterla apriva la via a questo grave abuso, che lo spogliato di maggior parte delle sue sostanze potesse respingere l'azione civile di un terzo che si riferisse ad una di quelle cose, che ancora erano rimaste in suo potere. Del resto anche l'ammettere, come fece Huguccio, che si potesse respingere l'azione civile riguardante una cosa, eccependo lo spoglio che della medesima fosse stata fatta da un terzo, costituiva una assai grande ingiustizia. Huguccio aveva tolta tale disposizione dalla pratica anteriore, nella quale siccome nessuna distinzione si era fatta mai tra spogliatore e terzi per rispetto alle cause criminali, così non si era pensato ad evitare questo inconveniente allorchè si estese l'eccezione alle cause civili. Ma se i primi decretisti, fra cui Huguccio, che pure tante contraddizioni tolsero in questa materia, e tanto più perfetta forma giuridica le diedero, non seppero in questo punto evitare tale inconveniente, ciò fece la pratica posteriore; cosicchè Bernardo potè dire che egli non aveva mai veduto nessuno che eccepisse lo spoglio di un terzo nelle cause civili. Il caso dell'insolvenza che l'Hostiense mette innanzi non costituisce neppure un'eccezione, poichè ivi non si tratta, come egli stesso riconosce, di dilazione del giudizio *ratione spoliationis factæ ab alio*, ma di non esecuzione *ratione impotentia*.

Ad Innocenzo, come dicemmo, spettava togliere dalla teorica sull'*exceptio spolii* questo inconveniente, che già la pratica aveva rinnegato.

Innocenzo IV ha saputo, secondo il nostro povero avviso, conciliare in modo che fa onore al suo criterio giuridico le esigenze della pratica intorno al nostro istituto, e il severo ed esplicito disposto dei canoni; e veramente niuno avrebbe potuto togliere il dissidio, che fra di essi esisteva, meglio di lui, che era non solo pontefice, ma espertissimo giureconsulto. L'opera sua ordinatrice non solo si manifesta in questo punto, ma in un altro ancora, forse anche di maggiore importanza, di cui diremo in seguito.

Nella prima delle soprariferite disposizioni egli stabilì che « ubi civiliter agitur non potest excipi de spoliatione ab alio » quam ab actore facta (1) ». I terzi non saranno più impediti di agire civilmente contro lo spogliato. E la Glossa ne dà la ragione; Gloss. *ab actore*, c. 1, in Sexto, *De rest. spol.*:

« Hoc erat iniquum, quod reus exciperet contra actorem, de » spoliatione facta a tertio: cum in hoc non deliquerit actor, et » ideo factum alterius sibi non debebat obesse, et peccata suos » teneant auctores ».

Questa, tralasciando la questione del peccato, è la vera ragione: « res inter alios acta aliis non praeiudicet », ragione riferita dalla stessa Glossa in un punto molto affine (2).

Così limitata l'eccezione potrà bensì basarsi sul più antico dei principj posti a fondamento di questa materia, cioè sul principio, che l'esecuzione non deve precedere il giudizio, ma non sull'altro. E infatti Innocenzo IV non lo cita a questo punto. In tal modo egli accolse, ponendola nei suoi giusti limiti, la maggiore innovazione della pratica, cioè l'uso dell'*exceptio spoli* nelle cause civili e per le cose singole (3).

(1) DURANTIS, *Spec.*, lib. II, p. I, fol. 85, n. 8.

(2) Gloss. *nullum crimen*, c. 1, C. III, qu. I. La Glossa in questo punto trova strana l'opinione di Huguccio che lo spogliato (anche di una cosa singola) possa respingere l'accusa di un terzo vertente sulla medesima, e ne adduce la ragione sopracitata. Ora chi non vede che per quanto le parole della Glossa ai due luoghi alla fin fine conducano alla stessa conseguenza, molto meglio la ragione della personalità degli effetti del delitto e del peccato si converrebbe a questo luogo, mentre la ragione qui addotta si adatterebbe pure molto meglio al caso riferito nel testo? Ad ogni modo è questione di forma, e l'una si può convertire nell'altra. Del resto il parlare di peccato trattandosi di spoglio civile era proprio della terminologia canonistica del tempo, come prova la famosa decretale *Saepe contingit*, c. 18, x, *De rest. spol.*

(3) Innocenzo IV non parla della distinzione fra il caso, in cui l'azione si riferisca alla stessa cosa di cui il convenuto fu spogliato o ad un'altra qualunque. Alcuno potrebbe supporre che egli, contradicendo anche in ciò ad Huguccio, intendesse stabilire che contro l'attore valesse l'eccezione di spoglio, anche quando questo riguardasse una cosa diversa dalla domandata. Non ci è riuscito di trovare qualche esplicita affermazione su questo punto nei commentatori della decretale. Ma il complesso delle disposizioni di Innocenzo IV basta già di per se ad escludere con tutta sicurezza una tale ipotesi, la quale sa-

Restava la disciplina canonica. Ed egli ne osservò compiutamente i dettami, respingendo la innovazione, assurda e in urto coi principi fondamentali dell'istituto, che la pratica aveva introdotto con l'ammettere che lo spogliato di una cosa singola potesse respingere ogni accusa. E ch'egli fosse ben cosciente di uniformarsi con ciò alla pura disciplina ecclesiastica, è provato dalla citazione che egli fa solamente a questo luogo del principio « nec nudi contendere, nec inermis inimicis opponere. . ». Del resto ne aveva avuto coscienza già Goffredo di Trano, dicendo: « et hoc innuunt verba canonis nudi et inermes (1) ».

Anche qui la Glossa dà la vera ragione del disposto di Innocenzo. Gloss. *substantia*, eod. loco:

« Ridiculum enim videbatur, quod criminaliter accusatus, accusatorem suum per exceptionem spoliationis rei modicæ et vilis ab accusatione repelleret ».

Così ordinò e regolò la materia dell'*exceptio spoli* Innocenzo IV.

Ma due abusi potevano nascere da una tale difesa, in causa della stessa sua comodità ed efficacia; cioè potev'arsi che il convenuto, proposta l'eccezione: o differisse a dare la prova dello spoglio, per ritardare il giudizio mosso contro di lui, o, quel che è peggio, dopo data la prova dello spoglio, trascurasse a bella posta di domandare la restituzione per rendere vana definitivamente ogni accusa.

rebbe in troppo stridente contraddizione con la correttezza del contenuto della decretale. Probabilmente Innocenzo IV, e con lui i commentatori, trascurarono la distinzione di Huguccio, perchè ormai non vi era più dubbio al proposito e si riteneva universalmente che il solo spoglio vertente sulla cosa controversa potesse essere oggetto dell'eccezione. Ciò è, secondo noi, confermato dallo stesso Commentario di Innocenzo IV alle Decretali di Gregorio IX e dal commentario dell'Hostiense, in cui l'*exceptio spoli* è in tutto pareggiata e calcolata sull'interdetto *Unde Vi*. Sono assegnati all'eccezione gli stessi estremi, lo stesso termine e; fino ad un certo punto, gli stessi effetti che all'interdetto. Questo non poteva intentarsi che contro lo spogliatore e per la cosa tolta; e lo stesso doveva essere dell'eccezione. INNOC. IV, *Comment.*, fol. 90; HENR. DE SEA., *Comment.*, vol. 1, fol. 37 seg.

(1) Goff., op. cit. fol. 83.

Al primo inconveniente pose rimedio Innocenzo con lo stabilire che lo spoglio dovesse esser provato entro quindici giorni sotto minaccia del pagamento delle spese o di altra pena. Quanto al secondo, vedemmo come se ne occupasse già Huguccio, il quale pensava dovesse in tal caso sottoporsi il reo a giudizio senza procedere alla restituzione.

La Glossa accettò l'opinione di Huguccio per il caso in cui la pena, che il reo tentava per tal modo di evitare, fosse più grave del danno dello spoglio; ma non per il caso, in cui la pena fosse men grave; e dispose:

« Sed si minorem pœnam de illo crimine meretur, tunc non » est accusandus de illo, cum satis sit punitus ». (Gloss. *obicere*, c. 2, C. III, q. 1).

Pare che questo abuso si verificasse specialmente nelle cause criminali, e tra queste più specialmente quando si eccipiva contro terzi non autori dello spoglio; poichè Goffredo di Trano scrive (1):

« Cum absonum videatur et etiam multorum corda perturbet, » ut spoliatus tota substantia vel maiori parte ipsius excipiat » contra illos, qui non expoliaverunt.... », allo scopo di andare impunito. Onde egli dice che giustamente furono presi i noti provvedimenti.

E Innocenzo IV, lasciando in disparte la distinzione troppo difficile ad applicarsi messa innanzi dalla Glossa, stabilì nella sua famosa decretale:

« Solet autem inter scholasticos dubitari, si spoliatus a tertio » de spoliatione contra suum accusatorem excipiat, an ei tem- » pus a iudice debeat indulgeri, infra quod restitutionem im- » ploret, ne forte sic velit existere ut omnem accusationem elu- » dat; quod satis æquitati et iuri consonum æstimamus. Quod si » infra tempus indultum restitutionem non petierit, et causam, » quum potuerit, non ducat ad finem: non obstante spoliationis » exceptione deinceps poterit accusari (2).

(1) GOFFREDI DE TRANO, *Summa, De ord. cogn.*, fol. 83.

(2) § 1, c. 1, *De rest. spol.*, in Sexto, II, 5.

L'opera ordinatrice di Innocenzo IV per rispetto all'eccezione di spoglio andò ancor più innanzi e tolse la causa ultima di tutta l'incertezza che fino allora era regnata in questa materia, col separare nettamente la parte puramente ecclesiastica dell'istituto da quella civile.

L'*exceptio spolii* era stata nelle origini un istituto affatto proprio della disciplina ecclesiastica; ma la pratica posteriore ne aveva fatto un rimedio di diritto comune. Gli antichi elementi e i nuovi si trovavano per tal modo confusi, e non poche contraddizioni ne dovevano necessariamente nascere.

Abbiamo dimostrato come negli inizi essa avesse quale suo presupposto l'istituzione canonica, e come escludesse ogni questione possessoria nel senso tecnico della parola. Ma in virtù delle sue ulteriori estensioni si finì per dover tener conto del possesso come di uno degli estremi dell'istituto; e quindi anche le norme del diritto laico intorno al titolo, al possesso, alla nuda detenzione dovettero venire applicate in questa materia. Una precisa determinazione dei presupposti dell'eccezione era quasi impossibile a farsi per il confondersi di elementi di natura tanto diversa. Notammo alcuni esempi di tali contraddizioni nello studiare il periodo che corre dallo Ps. Isidoro a Graziano, specialmente allorchè abbian dimostrato come il disposto di papa Onorio sulle cause manifeste fosse in urto con le regole possessorie applicate in molti di quei casi da noi riferiti.

Graziano sostenne che anche l'illegittimamente istituito aveva diritto all'eccezione (1); e papa Alessandro III stabilì che lo spogliatore non potesse opporre allo spogliato l'illegittimità della sua istituzione prima che quegli venisse reintegrato, allegando come già Graziano il principio di diritto laico: *prædo etiam est secundum rigorem iuris restituendus* (2).

Ma quanto poca certezza regnasse in questa materia appare da una Decretale dello stesso Alessandro III, che sta al c. 2 del tit. *De rest. spol.* della Compilatio II, ove, a proposito di un

(1) c. 6, C. III, q. 1, *Dictum*.

(2) c. 5, x, *De rest. spol.*, II, 10.

tal R., che presso di lui si era lagnato di esser stato spogliato di una chiesa, ordina: « Si vobis constiterit, predictum R. in » prelibata ecclesia fuisse *canonice institutum* et iniuste spo- » liatum,eam cum fructibus inde perceptis restitui faciatis (1). E Goffredo di Trano, per non dire di altri, scriveva: « Et quod » dixi generaliter restituendum spoliatum esse, in tantum ve- » rum est, ut non obstat exceptio criminis vel *non canonicae » institutionis* (2).

I dubbi che questo grave punto sollevava si riflettono molto bene in questo passo del decretalista Pietro Blesense (1180):

« Cum quidam presbiter in quadam ecclesia.... sit institutus » sine consensu episcopi vel archidiaconi, quorum erat insti- » tuere sacerdotem in illa ecclesia, archidiaconus vel episcopus » expulit illum ab ecclesia, non expectato vel expetito ordine » iudiciario. Quesitum est, an restituendus sit in possessionem, » nullo prioris titulo possessionis allegato.... Humanior videtur » sententia, eum qui preter ordinem iudiciarium est expulsus, » debere statim restitui (C. II, qu. II, c. 1, 2), et postea prin- » cipalem questionem ventilari (c. 4). Non enim habet, quo possit » exui iam nudatus (ead. c. 5, 6; C. XXXIII, qu. II, c. 3, 4; » C. III, qu. I, c. 1, 2, 3, 4). Et hoc ideo, ne detur episcopis oc- » casio malignandi et auferendi subditis suis ecclesias vel pre- » bendas legitime vel canonice collatas, cum forte sint legitimis » probationibus destituti, quibus titulum et causam sue posses- » sionis debeant demonstrare. Porro dici potest ex adverso, nimis » iniquum videri, si presbiter vel aliquis clericus ignorante epi- » scopo vel archidiacono, qui ius habet instituendi, ecclesiae pos- » sessionem invadat, vel clam intret, vel sibi commissam in- » tervertat, si episcopus eum non possit expellere ab ecclesia » iniuste occupata. Ut igitur distinctius circa hunc articulum » disseramus: sciendum, quod est alia ratio causarum secula- » rium, alia divinarum. In secularibus enim causis nullus est » expellendus a possessione preter ordinem iudiciarium, quan- » tumlibet fuerit possessio vitiosa. Nec cogitur respondere ante

(1) FRIEDBERG, *Quinque Compil. antiquæ*, Comp. II, lib. II, tit. 7; 1882, p. 73.

(2) GOFF. DE TRANO, op. cit., fol. 86.

» restitutionem, cui et canones consentiunt (c. 4, C. v, qu. II).
 » In ecclesiasticis autem causis preter ordinem iuris iure aufer-
 » tur possessio. Ergo et ablata non restituitur, quia cui dene-
 » gatur exceptio, multo fortius actio. Sed quia circa hunc arti-
 » culum *multa videtur rebellio legum et canonum*, hoc potius
 » allegando quam diffiniendo dixisse sufficiat (1) ».

E invero, non ostante le disposizioni di Graziano e di Alessandro III, le quali sembrerebbero equiparare le questioni canoniche al disposto delle leggi civili, resta ancora questa differenza, che quando alcuno eccepisce come persona ecclesiastica, ancorchè non si discuta la legittimità dell'istituzione, egli però allega sempre un possesso qualificato. Non basta a lui dimostrare che possiede le cose controverse, ma deve dimostrare che le possiede in forza di una istituzione, sia pure illegittima ed abusiva.

È facile immaginare quali altri inconvenienti, oltre a quello sopraccennato riguardante il presupposto dell'eccezione, dovessero nascere, allorchè fra la incertezza che regnava circa le persone e le cose, contro le quali e per le quali si dava l'eccezione, si opponeva uno spoglio civile ad una domanda fondata su una canonica istituzione, o uno spoglio ecclesiastico a chi agiva in base al diritto comune di proprietà.

La canonica istituzione poteva riuscir di danno alla chiesa allorchè chi l'aveva ricevuta avesse commesso uno spoglio civile, e per contro poteva essere d'impedimento ai privati che contro di lui volessero riacquistare le cose loro, nel caso che egli avesse patito uno spoglio ecclesiastico.

A tanta *rebellio legum et canonum* intese portar rimedio Innocenzo IV con la disposizione che è in fine della sua decretale già citata:

« Sancimus, ut rerum privatarum spoliatio agenti super ecclesiasticis, vel e contrario, nullatenus opponatur (2) ».

(1) PETRI BLESSENSIS, *Opusculum de distinctionibus in canonum interpretatione adhibendis, sive ut auctor voluit, Speculum iuris canonici*. Edidit Theoph. Aug. Reimarus. Berol. 1837, cap. 42, p. 75 e seg. Da Goecke, op. cit. p. 95.

(2) § 2, c. 1, *De rest. spol.* in Sexto, II, 5.

Lo stesso Innocenzo IV ha chiarita questa disposizione nel suo commentario:

« Si prelatus agat nomine ecclesiæ non obstat sibi exceptio » de spoliatione, quod nomine suo tantum fecit, et non nomine » ecclesiæ », e viceversa (1).

La Glossa così commenta questa disposizione. Gloss. *opponatur*, cap. 1, *De rest. spol.* in Sexto:

«privata dicuntur, quia possunt a privato possideri. Res » autem ecclesiasticæ vocantur hic, quæ non cadunt in laicum: » ut decimæ et alia spiritualia. Et est ratio huius dicti: quia » agens nomine ecclesiastico, non agit suo iure, sed nomine ec- » clesiæ. Unde sicut procurator agens nomine alieno, de iure » suo non excipit; sic nec hic. Item res ecclesiasticæ sunt pu- » blici iuris; sed de publicum ad privatum non est compen- » satio (2) ».

L'istituzione infatti può considerarsi come un mandato conferito all'istituto. Ma senza dilungarci intorno a tali ragioni, questo ci preme di mettere in sodo, cioè che Innocenzo con questa disposizione coronò l'opera sua di conciliazione fra i dettami dei canoni e i portati della pratica giudiziale.

La sua decretale ha fatta la dovuta parte per rispetto alla nostra eccezione agli elementi puramente ecclesiastici e a quelli di diritto comune, togliendo ogni cagione di ulteriore contrasto fra di loro.

Con ciò l'istituto non ha perduto della sua antica unità. Poichè non si può dire che l'eccezione di spolio si scinda in un istituto appartenente in modo esclusivo alla disciplina ecclesiastica, e in un istituto proprio del diritto comune. Ma si deve dire che l'eccezione di spoglio si può applicare tanto alle questioni puramente ecclesiastiche, come a quelle puramente civili; ma che è tolta ogni possibilità di opposizione o di confusione fra di loro.

Dopo Innocenzo IV l'eccezione continua ad aver vigore, ma più non se ne ebbero ad occupare nè la legislazione ecclesia-

(1) INNOC. IV, *Commentaria*, fol. 90, n. 4.

(2) Nello stesso senso HENRIC. DE SEG., *Comment.*, vol. II, fol. 12, n. 13.

stica, nè la civile. Ciò è prova della bontà dell'ordinamento che le aveva dato Innocenzo IV.

I canonisti vedevano rispettata l'antica istituzione canonica, e continuarono ad applicarla conforme al disposto dei canoni e delle decretali.

Dall'altra parte i civilisti ne fecero un rimedio processuale fondato sul possesso, anzi una prima difesa del possesso, un antesignano degli stessi interdetti possessori, a cui aveva per ufficio di aprire il cammino. Questa sua corrispondenza, con tutti i numerosi rimedi possessori creati dalla feconda casuistica medioevale, è ben segnata dall'Hostiense:

« Hanc exceptionem credimus locum habere, sive quis sit spoliatus ita, quod ei competat interdictum, sive ei competat conductio ex decretal. sive conductio ex legibus ecc. (1) ».

Ma come per converso questi vari rimedi, di cui alcuni appartengono all'antico diritto ed altri sono ancora a noi ignoti, si siano: i primi rinnovati ed i secondi formati per servire di complemento all'eccezione di spoglio, non è stato da noi ancora detto. Lasciando quindi da parte l'eccezione, che a poco a poco è messa in seconda linea, è necessario che ci occupiamo essenzialmente d'ora innanzi dell'azione o delle azioni complementari, le quali vanno acquistando il primo posto nella giurisprudenza del restante medioevo e nella moderna. Nella quale più non rimane traccia dell'eccezione, il cui lento deperire e definitivo scomparire si dovette a nostro avviso alla grande preponderanza dell'azione, ed anche al trionfo del principio inquisitorio nel processo; poichè esso toglie di mezzo quelle ragioni di uguaglianza e di regolarità, che informano il nostro istituto. A questo secondo concetto accennò tra gli altri, il Gabrieli (2).

(1) HENRIC. DE SEG., *Comm.*, vol. 1, fol. 37, n. 26.

(2) GABRIELI, *Conclusiones*, 1570, *De rest. spol.*, fol. 1405.

CAPO IV

—

La condictio ex canone Redintegranda.

§ 1.

Secondo la dottrina Ps. isidoriana e secondo la pratica posteriore lo spogliato riacquistava il possesso delle cose tolte, dei frutti, e di tutti i diritti annessi, sia che esso fosse nelle mani dello spogliatore come di qualunque terza persona, senza punto badare alla buona o mala fede di questa. Inoltre non nel solo caso di violenta deiezione, come nelle fonti romane, ma per qualunque ingiusta privazione del possesso, lo spogliato aveva diritto di ottenere la restituzione delle cose sue.

Allorchè all'ufficio del giudice si sostituisce per opera dei decretisti un'azione o un complesso di azioni indipendenti, cioè affidate all'iniziativa del leso, queste due capitali caratteristiche dell'istituto primitivo non potevano andare perdute.

Vediamo quali sono queste azioni, e come i canonisti ottennero questi due scopi.

Stefano da Tournay e Giovanni Faventino al c. 1, C. II, q. II, scrivono:

« Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatæ sunt
» res suæ vel etiam sedes non per iudicalem sententiam, sed
» per violentiam, unde et restituendi sunt per possessoria iudicia, id est, per interdicta vel per actiones in factum redditas loco interdictorum (1) ».

(1) MAASSSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spoliénklage* (*Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, vol. 3, 1859, p. 231, not. 8 e p. 235).

L'aver chiarito questo punto prima molto oscuro della dottrina possessoria è merito del Maassen, che studiò nei manoscritti le Summe e i Commenti dei

Qui è fatta solo parola dello spoglio operato con violenza, e conseguentemente la sola azione che vien concessa è l'interdetto *recuperandæ possessionis*.

Ma già Huguccio al c. 3, C. III, q. I, scrive:

« Sive vi, sive metu, sive dolo adversarii, sive quacumque » circumventionem suis rebus quis privetur, debet restitui ».

Ciò posto, gli interdetti *recuperandæ possessionis* non sono più sufficienti, ma è necessario ricorrere ad altre azioni complementari. Le quali non potranno essere che l'*Actio quod metus causa* e l'*Actio doli*. Del resto già in diritto romano la ricupera-
zione del possesso si otteneva anche con altri mezzi che con gli interdetti, come ha dimostrato il Bruns (1).

Senonchè l'*Actio quod metus causa* competeva contro qualunque terzo possessore, mentre l'*Actio doli* e l'interdetto non si davano che contro lo spogliatore. Per tal modo solo nel caso di *metus* si ottenevano ora gli stessi effetti che con l'antico *officium iudicis*, e lo spogliato era sottoposto a diverso trattamento a seconda che egli proponeva una delle tre azioni. In Huguccio si riscontra un tentativo di allargare la cerchia dell'interdetto.

Hug. al *Dict. Grat.*, c. 6, C. III, q. I, *prædoni*:

« Quia secundum rigorem iuris prædo est restituendus.... Hoc » verum est, ubi dominus rei rem illam vi abstulerit prædoni » ex intervallo. Item est et si alius abstulit eam illi. Si tamen, » cum abstulit eam alius a domino (2), prædo et dominus simul » venirent ad repetendum, crederem tum ex æquitate dominum » esse præponendum et rei rem esse restituendam, quamvis de » stricto iure videatur esse reddenda prædoni. Et hoc ad simi- » litudinem eius, quod dicitur de deposito. Ecce prædo mihi rem » meam ablatam deposuit apud aliquem ignarum huius facti;

più antichi canonisti. Essendo essi tuttora inediti, il nostro studio su questo punto si limita quasi esclusivamente ai materiali da lui fornitici, ed a riprodurre le sue conclusioni, le quali del resto risolvono in modo soddisfacente ogni difficoltà.

(1) BRUNS, *Das Recht.*, p. 27 e seg.; *Besitzklagen*, § 16, 17, 18, 19.

(2) Non si deve intendere, come a prima giunta parrebbe, *abstulerit a domino*, ma *alius a domino*, cioè altri che non sia il padrone.

» postea ipse repetit et ego, et licet de stricto iure videatur esse
 » ei reddenda, mihi tamen potius debet restitui ex æquitate, ut
 » ut ff. depositi. Bona fides, §. Incurrit (1) ».

Per tal modo il padrone spogliato può intentare l'interdetto contro il terzo possessore.

Il Maassen dice che questo tentativo non ebbe seguito. Noi vedremo invece come ne siano rimaste tracce in ciò che alcuni tentarono di estendere l'*actio in factum* sostituita agli interdetti anche ai terzi possessori. È vero però che questi tentativi dispersi non ebbero influenza sul sistema e che i più dei canonisti continuarono a intendere l'*Actio metus* e l'*Actio doli* e l'interdetto affatto nel senso romano.

Perdura quindi l'inconveniente, per cui le nuove azioni sostituite all'*officium iudicis* non soddisfano intieramente allo scopo dell'istituto; inconveniente che i decretisti, ponendosi dal punto di vista Ps. isidoriano, non potevano non rilevare. Stretti dall'esplicito disposto dell'antiche leggi, essi non potevano, allo scopo di rimediarvi, allargare in qualunque modo il campo di una delle tre azioni sopracitate. Allora si appigliarono ad un altro partito, e fu di fondere, senza con ciò abolirle, tutte le azioni che il diritto romano concedeva per il riacquisto di un perduto possesso, in una nuova azione propria affatto del diritto canonico, la quale colmasse la lacuna lamentata nella nuova teoria canonica.

Il punto di partenza o di appoggio legislativo di tale innovazione fu il canone *Redintegranda*, cioè il c. 3, C. III, q. I:

« *Redintegranda sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis*
 » *presentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde ab-*
 » *scesserunt, funditus revocanda, quacumque conditione tempo-*
 » *ris, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et per*
 » *quascumque iniustas causas res ecclesiæ, vel proprias, id est*
 » *suas substantias perdidisse noscuntur* ».

Metus, dolus, violentia sono perfettamente pareggiati in questa generale disposizione, la quale non ha nessun riguardo al fatto, che la cosa si trovi presso un terzo possessore. Questo carattere

(1) MAASSEN, loc. cit. p. 237.

affatto generale ed assoluto dovrà necessariamente rispecchiarsi nell'azione che su tale disposto si fonda.

Il primo accenno a questa nuova azione canonica si trova nella *Summa* di Sicardo da Cremona (che risale al secolo XII (1)), sotto il nome di *Condictio ex canone* (2).

Sicard. Cremon. *Summa* C. II, q. 2:

<i>Expoliatur quis</i>	}	<i>per violentiam</i> : Hic restituitur per interdita secundum leges, <i>condictione ex canone</i> , ut II, q. II.
		<i>per sententiam</i> : Hic restituitur officio iudicis.

Il contenuto e l'estensione del nuovo rimedio canonico sono ben determinati in queste due Glosse di Vincentius Hispanus (3).

1° Glossa Vincent. Hispan. al c. un. *Compilatio III, De ordine cognitionum*, II, 4 (c. 2, x, eod. II, 10), alle parole *iudicium restitutorium contra spoliatores tantum competere*:

« Quia non datur interdictum *Unde Vi* nisi contra deiectorem, »
 » infra. De resti. spo. cum ad sedem, ff. *De vi et De vi arm.*, l.
 » Cum a te.... Forte latius patet restitutorium iudicium secundum
 » canones quam secundum leges, ut habeat locum etiam
 » ubi metu quis perdit rem vel dolo, III, q. I. *Redintegr.* Tamen
 » de hoc materia notabo infra *De rest. spo.* Cum ad. ».

2° Glossa dello stesso al c. 5, Comp. III, *De rest. spol.*, II, 6, alle parole *interdictum Unde vi locum nullatenus habuisse*:

« Quia non datur nisi contra deiectorem.... Latius tamen patet
 » iudicium possessorium secundum canones. Datur enim contra
 » eum, qui dolum fecit vel metum intulit et qui vim fecit, III.
 » q. I. *Redintegranda*..., cum tamen legiste ibi habeant proprias
 » actiones, scil. quod metus causa et de dolo et alias.... Nota
 » secundum leges quod non datur *Unde Vi* contra deiectorem

(1) SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, vol. I, p. 143.

(2) MAASSEN, loc. cit. p. 242.

(3) SCHULTE, op. cit. vol. I, p. 191.

» et quod metus causa edictum datur contra quemlibet, ad quem
 » res pervenit, in qua metus illatus est.... Vinc. ».

La Glossa poi dimostra evidentissimamente da che fonti fu tratto il contenuto della nuova azione. Gloss. *aut dolo*, al c. 3, C. III, qu. I:

« Cum autem canon æquiparet dolum, metum, vel violentiam, videtur, quod conditione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri ».

La nuova azione non esclude le antiche, anzi ad esse si accompagna, e la Glossa ne studia unitamente le caratteristiche;

Glossa al caso della C. III:

« Hoc autem scias quod quatuor sunt auxilia producta, per
 » quæ petitur restitutio: actio, interdictum, conditio ex canone,
 » iudicis officium.

» Actione petitur restitutio, ut actione quod metus causa.
 » Datur restitutio contra quemlibet possessorem. Item actione
 » de dolo petitur restitutio, et per illam non fit restitutio nisi
 » contra illum, qui dolum fecit.

» Item per interdictum restitutio datur contra illum solum,
 » qui vim fecit.

» Per conditionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem: ut extra de appel. c. Bonæ mem. et extra eod. cap. Sæpe, et infra c. *Redintegrandæ*.

» Item per iudicis officium petitur restitutio, cum aliquis
 » propter absentiam perdidit rem suam, de qua agitur..., et illa
 » potest agi contra quemlibet possessorem (1) ».

Il fondamento affatto generale della nuova azione, per cui essa compete in causa di qualunque ingiusta privazione, è confermato ancora dalla Glossa in altri luoghi; così alla q. I, C. III,

« Est autem regulare, quod spoliatus ab alio, quam a iudice:
 » vel etiam si a iudice est spoliatus sine ordine iuris, semper

(1) La prova che la *condict. ex can. redint.* risultò dalla fusione delle varie azioni enumerate, e specialmente dell'*actio metus* e *actio doli*, si ha nel fatto, che nei libri giuridici posteriori l'*actio metus* e l'*actio doli* non figurano più tra i rimedi con cui si recupera il possesso. Così già in Duranti (*Speculum.*, lib. II, parte II, fol. 66) esse sono omesse non ostante che egli enumeri otto rimedi recuperatori.

» statim est restituendus, non obstante exceptione.... non canonicæ institutionis ».

Da queste ultime parole appare come l'azione sia veramente possessoria, poichè non richiede il titolo. D'altra parte anche la nuda detenzione è esclusa, poichè la Glossa allo stesso luogo fra un numero grandissimo di eccezioni (1) alle regole che lo spogliato anzitutto deve essere reintegrato, pone queste tre:

« Si sub conditione possedit ».

« Si ex gratia vel precario possedit ».

« Si possedit ut colonus ».

Quanto infine all'oggetto dell'azione, ecco il disposto della Glossa:

Gloss. *nullus potest*, c. 5, C. II, q. II:

« Omnia iura etiam incorporalia.... et etiam communio hominum est restituenda, si est iniuste excommunicatus, vel suspensus, quia verbum restituendi plenam et perfectam habet significationem ».

L'azione quindi tutelava ugualmente il possesso ed il quasi possesso dei diritti, di qualunque specie essi fossero.

§ 2.

La più larga portata della nuova azione creata dalla pratica canonica, in confronto dei rimedi romani, è dovuta alla maggior comprensione del concetto dello spoglio, che era il presupposto dell'una, in confronto del concetto della *detectio*, che era il presupposto dell'interdetto. Vedemmo come i Romani si fossero formato della violenza un concetto multiforme, e come avessero immaginati altrettanti rimedi speciali quanti erano gli aspetti della medesima. Invece la disciplina ecclesiastica non solo

(1) Ecco come sono enunciate: Intrusio, dilapidatio, criminis enormitas, infamia et criminis evidentia, crimen simoniæ, contumacia, scandalum, fornicatio notoria, cum incontinenti deiecerit, cum spoliatio est probata in modum exceptionis, cum incontinenter spoliator vult probare exceptionem, cum a muliere obŕueitur sævitia viri, in casu quem habes extra de divort. c. gaudemus, exceptio rei iudicatæ, exceptio iurisiurandi vel pacti, si sub conditione possedit, si ex gratia vel precario possedit, si possedit ut colonus.

uni e fuse in una sola ed unica nozione tutte queste molteplici forme della violenza, ma vi aggiunse ancora il concetto di ogni illegale privazione del possesso.

Questo larghissimo concetto dello spoglio si formò nel diritto ecclesiastico per la ragione, che qualunque fosse la causa o la forma della spogliazione, essa riusciva ugualmente ingiusta e quindi ugualmente da riformarsi per rispetto allo scopo processuale dell'istituto canonico, cioè dell'eccezione di spoglio (*officium iudicis*). Allorchè da questo si staccò un'azione speciale che si fondava non più sul concetto del processo, ma unicamente su quello dello spoglio, essa portò necessariamente con se e rispettò tutte le estensioni che a quest'ultimo concetto aveva dato la disciplina ecclesiastica anteriore.

Si riscontra qui un fenomeno perfettamente uguale a quello che già notammo per rispetto al d. bizantino; con questa differenza, che colà si fusero solo i vari aspetti della *vis*, senza che nulla vi fosse aggiunto di nuovo. Le conseguenze di tale innovazione sono uguali nell'uno e nell'altro luogo.

Nella dottrina dei Bizantini la fusione delle varie forme di violenza trasse con se quella dei vari rimedi per ciascuna di esse immaginati dai giureconsulti romani, per modo da formare un solo ed unico rimedio contro la violenza, cioè l'azione *Ἡρεσιβλας*, che di necessità raccolse tutte le caratteristiche delle varie azioni in essa compendiate. Fra le quali era anche l'azione *quod metus causa*. Onde l'azione *Ἡρεσιβλας* dovette a differenza dell'interdetto darsi contro il terzo possessore, e per il possesso non solo delle cose immobili, ma anche dei mobili e delle servitù.

Uno svolgimento quasi analogo ci si presenta nella pratica canonica. Al fondersi delle varie forme della violenza in un solo e nuovo concetto, tien dietro il riunirsi dei vari distinti rimedi in un solo, che è la *cond. ex c. redintegrandi*. Il quale raccoglie in se tutte le speciali caratteristiche di quelli, fra cui la caratteristica dell'*Actio quod metus causa*, di competere contro il terzo possessore. Ed è curioso il vedere come l'*Actio quod metus causa* fu nell'uno e nell'altro dei due diritti succeduti al romano, il tramite per cui nel rimedio possessorio passò questa importante innovazione. Il che però non deve stu-

pire allorchè si consideri, che già i Romani avevano notata almeno in teoria l'affinità che intercedeva fra il *metus* o l'altre forme di violenza col dire: *quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur* (1); e che d'altra parte la ragione da essi addotta per restringere tale privilegio all'*actio metus*, cioè il dire che tale specie di violenza impedisce di discernere chi l'abbia commessa, era troppo speciosa e insufficiente (2).

Senonchè, mentre l'azione *Περί βίας* degli Orientali, per essere sorta in tempo di generale decadimento degli studi giuridici e in una società che andava sfasciandosi, non ebbe nè un pieno svolgimento, nè una qualche influenza sui diritti posteriori; onde poté essere considerata come il frutto della poca sapienza e del poco discernimento di quei giuristi, tanto più che essi nel foggiare la nuova azione tolsero di mezzo per sempre gli antichi rimedi romani; per contro la *condictio ex c. redintegranda* dei canonisti, sorta in un tempo in cui gli studi romanistici riflorivano di una meravigliosa fioritura, e in mezzo ad una organizzazione forte e ancor giovane come quella della Chiesa, poté svolgersi pienamente in tutte le sue parti ed esercitare una larga influenza in tutti i diritti che vennero di poi, tanto più che essa non tolse punto di mezzo gli istituti del diritto romano, ma ad essi si accompagnò per colmarne le non poche lacune e per regolare quei rapporti di diritto nuovo, a cui essi non potevano, stando alla lettera delle antiche leggi, venire estesi.

Però alla *condictio ex c. redintegranda* non mancarono gli ostacoli; e la sua interna vigoria si dimostrò appunto nell'averli superati vittoriosamente.

(1) D., IV, II, f. 1.

(2) D., IV, II, f. 14, § 3.

CAPO V

La decretale *Sæpe contingit* e il can. *Redintegranda*.

§ 1.

La *condictio ex c. redintegranda*, creazione tutta propria della pratica canonica, trovò il suo maggiore ostacolo nelle leggi dei romani pontefici. La classica legislazione papale dei secoli XII e XIII, in cui si operò la fusione degli istituti del d. romano e della disciplina ecclesiastica, non accolse il nuovo rimedio possessorio, e per rispetto alla tutela del possesso si attenne alla teorica delle fonti romane. Fenomeno questo veramente curioso, e contrario ad ogni aspettazione.

Anzitutto al titolo *De restitutione spoliatorum* della raccolta di Gregorio IX, tutti i canoni trattano di spogli avvenuti per violenza; e di *violentia* pure parlano il c. 5 *De causa possessionis* della stessa raccolta, e il C. 1 *De restitutione spoliatorum* del *Liber sextus* (1). Per tal modo si respinge l'estensione del rimedio possessorio ai casi di *metus* e *dolus* e a qualunque ingiusta causa. Si potrebbe osservare che ad ogni modo *violentia* ha nella dottrina canonica un assai più largo significato

(1) Il Bruns (p. 177) riferisce questo ultimo canone in modo che gli si può dare un significato troppo più largo di quanto esso non comporti in realtà. Egli scrive: il c. 1, *De rest. spol.* in 6°, dice in genere: *illum spoliatum intelligi, qui se per violentiam destitutum affirmat*. Parrebbe che il canone prescriva: doversi considerare spogliato colui solo che abbia patito una violenza. Mentre invece il canone dice: *Illum autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu* (cioè che sia mossa contro di lui un'accusa criminale), *qui tota sua substantia vel maiori parte ipsius se per violentiam destitutum affirmat*. Si veda nel capo che tratta dell'eccezione di spoglio, quale significato affatto diverso prenda così riferito tale canone. La frase *per violentiam* diventa semplicemente un accessorio.

che non *vis* nelle fonti romane. Si potrebbe anche osservare che in tutti i casi in cui si tratta di possesso di diritti, materia questa che ebbe un larghissimo svolgimento nella legislazione pontificia di questo periodo, si ammette molta maggior varietà nelle cause che producono lo spoglio. Ma queste considerazioni cadono di fronte ad altri disposti più espliciti delle leggi canoniche. La ostilità delle decretali contro la nuova azione si riaggruppano intorno alla grande figura di Innocenzo III (1).

Di cui si hanno tre passi importantissimi così concepiti:

a) c. 2. *De ordine cognitionum* (x, lib. II, tit. 10):

« Fuit replicatum,quod ab eo restitutio peti non poterat, » qui non fuerat spoliator ».

« Iudicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere dignoscitur (2) ».

b) c. 15. *De rest. spol.* (x, lib. II, tit. 13):

Il caso di cui questo canone tratta è il seguente: il nunzio del vescovo di Crema aveva spogliati del possesso di una chiesa i frati Ospitalieri Gerosolimitani. Il vescovo ne aveva in seguito acquistato il possesso, onde era convenuto dai frati per la restituzione. In prima istanza era stato condannato; ma Innocenzo III in appello decise:

« Quia.... nobis constare (non) potuerit, quod.... episcopus »Hospitalarios spoliaverit, vel mandaverit spoliari, vel spoliationem factam saltem ratam habuerit, de consilio fratrum » nostrorum pronunciavimus in quæstione prædicta, interdictum » *Unde Vi* locum nullatenus habuisse, restitutionis sententiam » a prædicto abbate prolatam (nel giudizio di prima istanza) »cassantes ».

c) c. 18. *De rest. spol.*:

« Sæpe contingit, quod spoliatus iniuste, per spoliatorem in » alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur » per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis

(1) BRUNS, op. cit. p. 177.

(2) Nella sentenza non è detto se il papa abbia accettata questa tesi, che è sostenuta da una delle parti. Il non contraddirvi farebbe propendere per l'affermativa, che è del resto convalidata dai passi che seguono.

» amisso, propter difficultatem probationum iuris proprietatis
 » amittit effectum. Unde, non obstante iuris civilis rigore, san-
 » cimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit,
 » quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non mul-
 » tum intersit, quoad periculum animæ, iniuste detinere ac in-
 » vadere alienum, contra possessorem huiusmodi spoliato per
 » restitutionis beneficium succurratur».

Quest'ultimo brano divenne specialmente famoso, e fu oggetto di dispute durante secoli. Ed anche per il nostro argomento è fra i tre soprariferiti quello, che ha maggiore importanza. Infatti quanto al primo si potrebbe obiettare che esso è solo contenuto nel libello d'una delle parti e non nella sentenza. Quanto al secondo, siccome non appare se il giudice di prima istanza avesse condannato il vescovo in base al c. *redintegranda*, o perchè considerasse il nunzio come suo procuratore, si osservò, e non senza qualche fondamento, che la condanna in appello degli Ospitalieri può esser stata prodotta dall'aver essi incautamente proposto l'interdetto *U. V.* in luogo della *condictio ex c. redintegranda*. Ma il terzo non può lasciar dubbi. Anzitutto la motivazione, ove è detto in genere, cioè senza riferirsi nè al d. canonico, nè al civile, che al possessore, quando la cosa era passata ai terzi, restava solo scampo la rivendicazione, costituisce un tacito ripudio della *condictio ex c. redintegranda*. Ripudio, che è ancor confermato dalla deroga che il pontefice sente il bisogno di fare al diritto civile per rispetto ai possessori di mala fede, mentre la pratica canonica era già andata assai più in là.

D'altra parte però è strano e difficile a spiegarsi la circostanza che nell'emanare queste disposizioni egli non abbia fatto parola del c. *redintegranda*, e della nuova e importante applicazione, che ne facevano i pratici.

Intorno a tutte queste difficoltà si affaticarono le menti dei canonisti per tentare di conciliarle, e ne sono venute fuori le più disparate ed ingegnose ipotesi.

Accenniamo subito a quella del Delbrück, il quale sostenne che la larga applicazione data dalla pratica al c. *redintegranda* è avvenuta dopo che fu emanata questa decretale, cioè, per valermi della terminologia canonica, che la *condictio ex c. redin-*

tegranda è posteriore alla *condictio ex c. Saepe contingit*. Il rapporto di tempo sarebbe quindi inverso a quello ammesso generalmente dagli interpreti. Egli osserva che i processualisti del secolo XII e del principio del sec. XIII, come pure i Glossatori del diritto civile, non fanno parola nel trattare dei rimedi possessorî della *condictio ex c. redintegrandae*; e afferma che il primo accenno alla medesima si trova nella Glossa al decreto compiuta nel 1250, mezzo secolo quasi dopo emanata la decretale *Saepe contingit* (1).

Ma alla sua prima osservazione si può rispondere che la nuova azione era un portato esclusivamente della pratica canonica; e del resto tutta la sua argomentazione cade di fronte a queste categoriche ed inconfutabili osservazioni del Maassen (2). La decretale *Saepe contingit* figura come cap. 39, fra le decisioni del IV concilio Lateranense del 1215. La *Summa* di Sicardo, in cui per la prima volta è fatta parola della *condictio ex canone* appartiene indubbiamente al secolo XII (3). L'apparato di Vincenzo Hispanico alla Comp. III, ove si parla di un *remedium quod latius patet secundum canones*, è anche da porsi prima della emanazione della decretale, poichè esso non vi fa nessun accenno, mentre Tancredi nel suo apparato alla compilazione medesima, compiuto dopo il 1215 (4), cita la decretale *Saepe contingit*, e il rimedio che ne deriva contro i terzi possessori

(1) DELBRUECK, *Die Dingliche Klage.*, § 24, p. 152 e segg., p. 155.

L'idea del Delbrück già si incontra in Costanzio Rogerio (*De remediis possessoriiis. Tract. iuris.*, tom. III, p. 245), il quale considera la *cond. ex c. redint.* come posteriore a quella *ex c. saepe*, e tendente appunto a completare la innovazione che questa aveva introdotta sui rimedi del diritto civile.

(2) MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage (Jahrbuch des gem. deu. Rechts*, vol. III, 1859, p. 243).

(3) Sicardo da Cremona morì nel 1215, e la sua *Summa* fu composta fra il 1179 e il 1182. Vedi SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, vol. I, § 31, p. 143.

(4) SCHULTE, op. cit. p. 193, § 44, e p. 205, § 48.

L'apparato di Tancredi sarebbe anteriore probabilmente al 1217, anteriore certo all'apparire della *Compilatio IV*; esso trae partito di quello di Vincenzo Hispanico.

di mala fede (1). Secondo il Maassen inoltre, Giovanni Teutonico avrebbe molto verosimilmente compiuto il suo Apparato al Decreto prima del 1215, perchè già lo cita nel suo Apparato alla *Compilatio IV*. Lo Schulte dimostrò che indubbiamente l'Apparato di Giovanni Teutonico fu scritto prima del IV concilio Lateranense, cioè del 1215 (2). Ne discende quindi che la teoria intorno alla *condictio ex canone redintegranda*, la quale è contenuta nella Glossa ordinaria, ed è opera non di Bartolomeo da Brescia, ma di Giovanni Teutonico (3), sia pure anteriore al 1215 e al canone *Saepe contingit*.

Per tutte queste ragioni l'opinione del Delbrück è da rifiutarsi; e la *condictio ex c. Saepe contingit* deve ritenersi come posteriore alla *condictio ex c. Redintegranda*.

Come quindi si potranno conciliare fra di loro?

Notiamo anzitutto come Gregorio IX dimostri tacitamente di accogliere in tutto le vedute di Innocenzo III col fatto, di aver nella sua raccolta considerati i provvedimenti di lui come il nucleo della materia riguardante la restituzione degli spogliati, e di aver anch'egli taciuto della innovazione introdotta nella pratica. La ostilità della somma autorità ecclesiastica, cioè dei pontefici, si mantenne viva non solo nel campo legislativo, ma anche in quello puramente teorico.

Infatti Innocenzo IV nel suo Commentario ai cinque libri delle Decretali ripudiò senz'altro la larga applicazione che la pratica aveva dato al c. *redintegranda*.

Al c. xv, *De rest. spol.*, scrive:

«Dixerunt quidam contra quemlibet agi posse per interdictum Unde Vi, vel ad minus condictione ex canone Reinte-

(1) Nè si può supporre che con le parole *remedium quod latius patet secundum canones* Vincenzio intendesse accennare alla *condictio* nascente dal c. *Saepe contingit*, perchè nei due brani ove tale frase ricorre è citato il solo c. *Redintegranda*.

(2) SCHULTE, op. cit. p. 173, § 39, e *Geschichte der Glosse zum Dekret*, p. 76 e seg.

(3) Vedi le prove in Maassen, luogo citato, p. 244. La citazione del c. *Saepe* che si trova nella Glossa al c. III, è stata aggiunta anche dopo Bartolomeo da Brescia, poichè non si trova nelle più antiche edizioni. MAASSEN, p. 244, not. 42.

» *granda*. Sed nos hoc non dicimus et intelligimus hoc c. *redint.*
 » et alia iura, quod pro eis facere videntur, quod omnia sunt
 » spoliatis restituenda non condictione ex canone, vel (1) inter-
 » dicto *Unde Vi*, sed aliis competentibus actionibus puta si
 » dolo contraxit actione de dolo, si metu actione quod metus
 » causa etc.... (2) ».

Egli chiarisce questo suo concetto nel commento al c. XVIII,
Saepe contingit, stesso titolo:

« Bene dicit, si scienter accepit, quod tenetur restituere per
 » conditionem ex hac constitutione, nam si ignoranter accepit,
 » secus esset. Nec contradicit c. *Reint.* ».

Poichè quanto al c. *Reint.*: « si quis daret libellum, sub quo
 » posset comprehendi actio quod metus causa per quam advoca-
 » tur res ab eo, qui metum non intulit, puta peto restitutionem
 » possessionis talis rei, quæ mihi per metum est ablata, cre-
 » deremus posse ferri sententiam contra possidentem quamvis
 » non spoliasset, nec rem scienter a spoliatore recepisset, et sic
 » intelligitur c. *reintegranda* ».

In altri termini: Il c. *reintegranda* non introduce nessuna
 nuova azione, ma dà solo diritto ad intentare le solite azioni
 recuperatorie fra cui l'*actio metus*. E solo nel caso che espres-
 samente a quest'ultima si faccia richiamo nel libello, si potrà
 ottenere la cosa, anche se essa è in mano di terzi.

Con ciò Innocenzo IV ritorna non alla primitiva dottrina Ps.
 Isidoriana, poichè a differenza dello Ps. isidoro egli ammette
 la divisione dell'azione dall'eccezione, ma bensì alla teoria dei
 decretisti più antichi, quando cioè la restituzione in base al
 c. *reintegranda* si domandava, come vedemmo, mediante l'*actio*

(1) Non *sed Interdicto U. V.*, come scrive il Bruns, p. 223. Infatti Innocenzo,
 come appare da quanto è scritto sopra, vuol eliminare tale opinione anche per
 rispetto all' *Unde Vi*. In questo allargamento dell' *Unde Vi* combattuto da
 Innocenzo si scorge di già una continuazione della tendenza notata in Hu-
 guecio.

(2) INNOC. IV, *Commentaria*, Torino 1581, fol. 97, n. 6.

metus, l'*actio doli*, ecc..., ma non ancora mediante un'azione speciale (1).

Ma con ciò al tempo stesso risorge la difficoltà e la diversità di trattamento degli spogliati, contraria al disposto delle fonti Ps. isidoriane e che già aveva spinto i decretisti antichi a dare un ulteriore e più compiuto svolgimento alla loro teorica. Vale a dire, mentre con l'antico *officium iudicis* per ogni spoglio si poteva ripetere dai terzi la restituzione delle cose tolte, ora di nuovo ciò sarà solo più possibile nel caso che nello spoglio ricorran gli estremi dell'*actio metus*.

Come poteva pertanto la interpretazione (che ha valore di autentica) di Innocenzo IV, la quale faceva rinascere una difficoltà nel campo giuridico, e distruggeva l'istituto, che la pratica aveva immaginato per rimediarvi, ottenere favore?

E invero i più dei canonisti la respinsero; e gli altri la accolsero puramente per rispetto alla teoria, dovendo riconoscere

(1) Il Delbrück (op. cit. p. 157-60) accusa il Bruns di aver a torto considerato Innocenzo IV come avversario del nuovo rimedio canonico (*Das Recht. ecc.* p. 176, 223), e sostiene che egli anzi ne allargò e sanzionò l'applicazione. Per rispetto al primo passo di Innoc. IV da noi riferito, cioè al suo commento del c. xv, *De rest. spol.*, il Delbrück si accontenta di dire che qui il pontefice non faceva opposizione alla cosa stessa, ma solo al fondamento giuridico che le si era voluto dare. Essenzialmente poi il Delbrück argomenta a sostegno della sua tesi dagli altri due passi da noi riferiti e che egli riproduce uniti fra di loro in questo modo (p. 158): « Bene dicit, si scienter accepit, quod tenetur » restituere per conditionem ex hac constitutione, nam si ignoranter accepit, » secus esset. Nec contradicit c. *Reint.*... Crederemus posse ferri sententiam » contra possidentem quamvis non spoliasset nec rem scienter a spoliatore recepisset, et sic intelligitur c. *Reint.* ». Certamente se così Innocenzo avesse scritto, si potrebbe concludere col Delbrück che anch'egli concedeva allo spogliato un'azione contro ogni possessore, fondandola sul c. *Red.*; ma in mezzo al passo riferito dal Delbrück stanno le parole che noi abbiamo riprodotte nel testo: *si quis daret libellum...*, le quali distruggono l'argomentazione del Delbrück, e dimostrano irrefutabilmente che il pontefice, ben lungi dal fondare sul c. *Redint.* un generale rimedio contro qualunque terzo possessore, riteneva che lo spogliato ciò potesse fare nel solo caso che egli avesse proposto espressamente l'*actio metus causa*, la quale già secondo le fonti romane produceva questo effetto. L'opinione del Delbrück fu combattuta pure dal Meischeider (op. cit., p. 147).

che nella pratica giudiziale omai la nuova azione non si poteva più ripudiare. Anzi l'Hostiense, Martinus de Salva e il Bellamera osservano appunto che col toglierla di mezzo si sarebbero senza ragione meno favoriti coloro che decadde dal possesso *aliter* che per *metus* (1).

L'Hostiense, per conciliare la pratica col disposto delle decretali di Innocenzo III, osserva anzitutto al can. xv, *De restitutione spoliatorum*, che il procuratore degli Ospitalieri:

« Quia hic libellus late patebat fuit coactus eligere, ...et ele-
git interd. Unde Vi, et male, ut apparet... (2) ».

« Sic patet, quod iste procurator ineptam proposuit actionem,
quia hoc interdictum non datur nisi contra illum, qui deiecit, vel mandavit, vel ratum habuit (3) ».

E al Can. XVIII, del titolo stesso, osserva:

« Licet in hoc casu subveniret c. *reinteg.* et iudicis offic. c.
bonæ memoriæ (4); voluit tamen concilium et hoc constitu-
tionem iuris addere et iuris promulgator ad declarandum quod
ius civile contrarium non obstaret, cui forte multi iudices ec-
clesiastici insistebant ».

(1) BELLAMERA, *Prælectiones in Dec.*, Lugduni 1550, c. xv, *De rest. spol.*, fol. 224, n. 8.

(2) HENRICI DE SECTISIO (*Hostiensis*), *Comm.*, Veneziæ 1581, fol. 57, n. 4.

(3) Loc. cit. n. 8.

(4) La *condictio ex c. bonæ memoriæ* (c. 51, x, *De appel.*, II, 28) è una delle tante creazioni della casuistica medioevale. Il canone 51 tratta di uno spoglio avvenuto mentre è interposto appello. È vero che non si tratta di appello nel senso tecnico della parola; poichè a rigor di termini appello si può solo interporre, come giustamente obiettava il procuratore della parte condannata da Innocenzo III, a *gravamine præsentis, præteriti vel futuro*. E nel caso in questione non eravi stato gravame di sorta. Si tratta però sempre di spoglio avvenuto mentre è sollecitato intorno alla cosa oggetto dello spoglio un provvedimento dell'autorità superiore, cioè di spoglio avvenuto in circostanze affatto eccezionali, in cui esso prende forma di ostacolo all'azione del legittimo imperante. Perciò, non ostante che sia costretto a restituire la cosa chi non spogliò (*amotus... quolibet illicito detentore*), questa disposizione non può servire nè ad invalidare, nè a chiarire la decretale *Sæpe contingit*. Del resto della *condictio ex c. bonæ memoriæ* si perdette ben presto ogni traccia.

Dunque il c. *Sæpe contingit* non sarebbe altro che una sanzione legislativa di parte delle innovazioni, che la pratica aveva introdotte per rispetto alla tutela del possesso.

Resta pur sempre una diversità; poichè il c. *Redintegranda* si dà contro qualunque terzo possessore, e il c. *Sæpe contingit* non compete che contro i terzi possessori di mala fede. Ciò non potendo negare l'Hostiense, cerca di sminuirne il più che è possibile l'importanza con l'osservare:

« Sed non datur nisi contra scientem. Cave tamen quia in » hoc casu quilibet præsumitur sciens... et præsumitur sciens, » is qui suam esse nescit, ridiculum enim est audire, vel di- » cere.... l. cum quæreb. (11, Cod. *Unde Vi*), ex cuius mente hanc » puto inductam constitutionem (1) ».

E invero il provvedimento di Innocenzo III con la distinzione, ch'egli vi fa, si mostrava necessariamente nella sua conclusione e nelle sue giuridiche conseguenze inadeguato alle premesse, tanto per rispetto allo spogliato, come per rispetto ai terzi. Per rispetto allo spogliato, poichè se si voleva ovviare al danno che questi aveva dal fatto che la cosa passasse d'una in altra mano, non eravi ragione di provvedere solo a metà, cioè solo quanto ai terzi di mala fede. Per rispetto ai terzi possessori, poichè cade anch'egli nel peccato di detenere una cosa d'altri il terzo di buona fede che dalla domanda dell'attore o dalla contestazione della lite apprende il vizio di origine del suo possesso.

Tra i canonisti posteriori l'Ancharano dichiara di accettare le considerazioni dell'Hostiense (2). Anche Giovanni da Imola vi si accosta e riconosce che il provvedimento di Innocenzo III fu *non necessarium, sed utile* (3) ».

Un modo di conciliare il disposto del c. *Redintegranda*, con quello del c. *Sæpe*, il quale ebbe molti fautori, fu quello messo innanzi da Giovanni da Fano e da Giovanni Calderini. Essi considerarono la *condictio ex c. Redint.* come propria solo delle cose

(1) HENRIC. DE SEGRUS., *Comm.*, fol. 59, n. 6.

(2) PETRUS DE ANCHARANO, *Comment. in Dec.*, Bologna 1581, fol. 176.

(3) IOANNES AB IMOLA, *Comm.*, Venez. 1575, vol. II, al c. xviii, *De rest. spol.*, fol. 58, n. 4.

ecclesiastiche e riservata agli ecclesiastici, e la *condic. ex c. Saepe* come comune ai laici ed alle cose laiche. Accettarono questo modo di vedere molti canonisti, fra cui Panormitano, Domenico da S. Geminiano, Martino de Salva, Paolo de Castro, Giovanni Antonio da S. Giorgio (1); la respinsero tra gli altri Giovanni Andrea, Bellamera, Antonio da Butrio, Andrea da Barbatia, Alessandro Tartagni (2). Essi invero avevano dalla parte loro l'uso della pratica giudiziale, in cui veniva da lungo tempo applicato indistintamente alle cose laiche ed alle ecclesiastiche.

Altre spiegazioni furono tentate, ma con minore fortuna; e non mancò chi, specie fra i pratici, fece una colpa a Gregorio IX di aver accolte le disposizioni di Innocenzo III, considerandole come superflue.

Curiosa è l'opinione dello Zabarella, il quale, di fronte alle due *condictiones ex canone*, osserva: « Est autem duplex condictio ex lege sive ex canone »; l'una sarebbe petitoria, e l'altra possessoria, *exemplum primae*; la petitoria sarebbe la *condict. ex c. redint.*, la quale *non habet privilegium interd.* Unde Vi (3). È curiosa, dico, quest'opinione poichè essa fa dello Zabarella un precursore del Delbrück e dello Ziebarth, i quali, come è noto, vorrebbero sottrarre l'*actio spolii* alla teorica possessoria, considerandola come una azione petitoria, e limitare la protezione del possesso nella cerchia segnatale dal diritto romano (4).

Ma quelli che più a fondo e con criteri veramente scientifici considerarono tutta questa materia e dimostrarono che, se da una parte i pontefici nella loro pretesa si attenevano al vero

(1) PANORMITANUS, *Comm.*, fol. 191; S. GEORGIO, *Comm. al Decreto*, Venezia 1579, fol. 125, n. 5, ecc...

(2) BELLAMERA, *Comm.*, fol. 228 (Bellamera nel riferir l'opin. di Martino de Salva, che egli respinge, dice: *licet de rebus patrimonialibus clericorum sit dubium*); TARTAGNI, *Consilia*, lib. I, Cons. 51, n. 1, fol. 63, Venez. 1597, e lib. V, Cons. 91, fol. 82, n. 3, ecc.; BUTRIO, *Comm.*, al c. XV, Venez. 1578, fol. 140, n. 14, ecc...

(3) FRANCISCUS DE ZABARELLA, *Comm.*, Venez. 1602, fol. 31.

(4) Vedi parte V, cap. IV, § 2.

disposto delle antiche fonti e della pura disciplina ecclesiastica, dall'altra però non si poteva più sconfessare il nuovo portato della pratica giuridica, furono Egidio Bellamera (1) e Nicola de Tudeschis (*Abbas Siculus, Panormitanus*) (2).

Questi riassume i vari modi, secondo cui fu considerato il c. *Redintegranda*, e scrive:

« Adverte latius et clarius ceteris scribentibus, quia iste punctus est quotidianus. Reperio enim in hoc tres principales intellectus:

a) » Primus colligitur ex dictis Innoc. IV hic (cioè al c. xv), » ubi videtur velle quod ille canon non inducit specificum et » novum remedium, sed est declaratorius et approbatorius aliorum remedium ». E soggiunge che per quanto questo modo di intendere il canone non sia comunemente accolto dai dottori, tuttavia esso si accorda molto bene col disposto del canone xv, poichè nel caso contrario, cioè nel caso che il c. *Redintegranda* introducesse un nuovo rimedio, i frati sarebbero riusciti vincitori in luogo del vescovo; e al modo stesso si accorda col disposto del c. *Saepe*, che suppone non esistervi prima nessun rimedio contro i terzi.

b) Il *Secundus intellectus*, messo innanzi dal Calderini consisterebbe nel ritenere: « Quod c. reint. colligit omnia remedia » sparsa in iure, et colligitur in unum, et coniungit ea, ut sic » sufficiat probari actori illud, propter quod aliquo iuris beneficio possessio venit restituenda, ecc.

c) » Tertius principalis intellectus illius can. est ut inducat » novum et specificum remedium possessorium contra quemlibet » possessorem, etiam non vitiosum, et iste intellectus videtur » hodie communis. Et quamquam iste intellectus videatur durus per ea, quæ dixi supra in primo intellectu, attamen quia » minime sunt mutanda, quæ certam interpretationem semper » habuerunt, nec facile discedi debet ab eo, quod diu æquum

(1) Morto nel 1392 vescovo di Avignone e non di Milano, come è detto nel Bruns, p. 224 (SCHULTE, op. cit. vol. II, p. 274).

(2) Morto nel 1453 (SCHULTE, op. cit. p. 312).

» visum est.... quapropter in consulendo, vel iudicando non est
» ab hoc intellectu recedendum (1) ».

Se il Panormitanus considerò con tanta ampiezza la questione dal punto di vista sistematico, il Bellamera vi penetrò più addentro e più largamente la trattò dal punto di vista storico, che a noi maggiormente interessa.

Per il primo egli risale alla fonte del c. *Redintegranda*, cioè alla collezione di Isidoro Mercatore, ed osserva a ragione che i pontefici, da cui il canone emana, intendevano unicamente di provvedere ai vescovi spogliati ed accusati, e che loro solo scopo era di reintegrarli perchè potessero rispondere alle accuse contro di essi mosse. E colpisce nel segno allorchè dice che i pratici mutarono questo istituto privilegiato in istituto di diritto comune. « Unde satis est mirabile quo modo glosatores illud in » tantum extendere præsumpserunt maxime cum exorbitet a » iure comuni ». Critica Graziano di aver sopresse le ultime parole del canone, il che favorì questa nuova intelligenza del medesimo. Dice che tutte queste discordanze furono causa di molta titubanza ad Innocenzo. E arguisce che si debba respingere questa arbitraria estensione extralegislativa dal fatto, che siccome « ille canon reintegrandæ præcepit de tempore pontificatum Innoc. tert.; qui fuit conditor huius decretalis », così « frustra » hæc decretalis post illum canonem generalem de vero rimedio » magis restrictivo providisset huiusmodi spoliatis (2) ».

Adunque intenzione di Innocenzo III sarebbe stata di riprovare l'arbitraria violazione di un privilegio dei vescovi, provvedendo egli al bisogno che anche le altre persone avevano di una simile protezione, sebbene in minor misura.

Ma anch'egli è costretto a riconoscere che la *condict. ex c. redint.* continuò non ostante i pontefici ad aver vigore; e perciò al c. *Redintegranda* del decreto, alla domanda: « Cui et contra quem, et pro quo competat sive detur », risponde distinguendo:

(1) PANORMITANUS, *Lectura in Decretales*, c. xv, n. 25. Venez. 1627, fol. 191.

(2) ÆGIDIUS BELLAMERA, *Prælect. in Dec. lib.*, c. xviii, n. 6, Lugduni 1549 fol. 228.

« Aut quærimus de iure, aut quærimus de consuetudine. Si
 » quærimus de iure, dico quod datur Episcopis de suis sedibus
 » eiectionis, aut de rebus ecclesiarum suarum, sive de suis propriis
 » quomodolibet spoliatis, contra quoslibet possessores, ad recuperationem possessionis, vel quasi... ».

Per rispetto alla consuetudine per contra osserva che:

« In palatio... apostolico auditores, advocati, procuratores, et
 » notarii eiusdem palatii ex quadam consuetudine, cuius initii
 » memoria non extabat, pro determinato habebant quod beneficium huius canonis ad omnes personas ecclesiasticas extendi
 » debebat: sed et multi inter eos illud ad omnes sæculares et
 » laicos extendebant, sed quo iure præter consuetudinem nunquam potui videre. Fateor tamen quod Hugo(linum) videtur
 » intelligere istum canonem generaliter de omnibus pers. eccl.
 » sed nihil allegat ».

Perciò conchiude esser meglio attenersi alla consuetudine, *quia consuetudo est legitima legum interpret* (1).

Intanto non è inopportuno rilevare come la *condic. ex c. redintegrandæ* attecchisse presso gli stessi auditori e presso gli altri addetti al maggiore tribunale della Santa Sede.

§ 2.

Resta ora a stabilire quali possan essere stati più verosimilmente i motivi che indussero innocenzo III ad emanare la nota disposizione.

Il Delbrück (2) vedrebbe in questa decretale, o meglio in questa decisione del concilio Lateranense, uno stadio, anzi il primo stadio, della lotta del diritto consuetudinario tedesco, contro la lettera del diritto romano, e conseguentemente un primo passo verso il riconoscimento dell'azione reale del diritto tedesco, che acquistò in seguito ben presto il predominio sotto molteplici forme e specialmente sotto quella di azione di spoglio (*redinte-*

(1) BELLAMERA, *Comm. al Decreto*, C. III, q. 1, n. 15, Lugduni 1550, fol. 166.

(2) DELBRÜCK, *op. cit.* p. 155.

granda). Ma questa ipotesi non ha altro fondamento che il preconconcetto, a cui si informa tutto il libro del Delbrück.

E neppure le ragioni di natura politica addotte dal Bruns ci paiono pienamente opportune. Egli coordina questa disposizione di Innocenzo III con le altre del concilio Lateranense IV, tendenti tutte a reprimere le prerogative e le pretese del potere secolare, e suppone che Innocenzo mirasse a facilitare agli ecclesiastici l'acquisto dei beni delle chiese caduti in mani laiche (1). Ma questa sua affermazione, oltre al portare la nostra materia puramente di diritto privato in un campo che non è il suo, oltre al mancare di effettive prove, è ancora invalidata da questa considerazione, che se veramente quello fosse stato il suo scopo, egli l'avrebbe più facilmente e più sicuramente raggiunto col riconoscere e sanzionare la consuetudine ecclesiastica da secoli in vigore, cioè la *condictio ex c. Redintegranda*. Anche poi considerata puramente nella cerchia del diritto privato, l'ipotesi del Bruns non ci pare che soddisfi a tutte le questioni e le difficoltà. Non soddisfa essenzialmente alla domanda: perchè Innocenzo III rinnegò la *Redintegranda* non solo nei giudizi civili, ma anche negli ecclesiastici?

Molti autori, fermandosi puramente alle parole della decretale, la giustificano col dire, che Innocenzo III, mettendosi dal punto di vista del peccato, sentì la necessità di emanare un nuovo provvedimento, trovando ingiusto tanto il romano, che non dava azione contro il terzo possessore di mala fede (il quale pure *quoad periculum animæ* commetteva un peccato non minore di quello dello stesso spogliatore), quanto il nuovo rimedio, cioè la *Redintegranda*, che pareggiava a chi aveva commesso il peccato, chi ne era innocente, cioè il terzo possessore di buona fede. Ma si può obiettare: perchè egli parlò solo del rimedio del diritto civile (*non obstante iuris civilis rigore*)? Adunque questa ipotesi non spiega il punto più controverso, cioè il motivo, per cui Innocenzo III trascurò affatto la *Redintegranda*. Del resto contro questa ipotesi, che vorrebbe porre come ragione suprema della decretale la considerazione del peccato, sta

(1) BRUNS, *Das Recht ecc.*, p. 180.

il fatto che la sua motivazione riposa invece sulla necessità di provvedere alla imperfetta tutela della proprietà. Ragione questa che il papa non avrebbe potuta allegare, quando egli avesse avuto solo in mente di riprovare quella parte della *Redintegranda*, ch'era contraria alla morale. Quindi la questione di coscienza può solo, come dimostreremo, spiegare un altro punto di secondaria importanza. Del che si ha una prova molto valida nel fatto che i canonisti immediatamente posteriori ad Innocenzo cercano, come vedemmo, di spiegare l'operato di lui ed i rapporti del suo nuovo rimedio con quelli preesistenti, mediante considerazioni affatto diverse da quella del peccato, di cui essi si valgono solo in quel punto di secondaria importanza, già da noi accennato.

La ragione più verosimile è più consentanea a tutto lo svolgimento del nostro istituto attraverso i secoli, pare a noi sia quella, a cui con molto acume di critica accenna il Bellamera. Il c. *Redintegranda*, poichè esso è diventato il caposaldo di tutta la dottrina per rispetto a questo punto, dal momento in cui apparve nella collezione di Isidoro Mercatore fu contemporaneamente considerato in modo affatto diverso nella legislazione e nella pratica ecclesiastica. Esso mantenne da una parte intatto il suo primitivo significato, e la sua genuina natura di privilegio dei vescovi in tutte le collezioni che susseguirono quella di Isidoro, fino a quella di Graziano, e dall'altra fu per contro fatto oggetto per opera della pratica di molte, e varie, ed audaci trasformazioni, che cambiarono la sua natura di rimedio processuale riservato ai vescovi, in quella di vera azione possessoria di diritto comune.

Non si può sospettare che per fini politici, o per altri fini diversi da quello di conservare intatta la pura e antica disciplina ecclesiastica, Graziano abbia rinnegati senza pur farne parola, i nuovi portati della pratica giudiziale, che egli doveva meglio di ogni altro conoscere. Evidentemente li considerava come abusivi. Tra Graziano ed Innocenzo III non vi è tanta distanza di tempo, che non permetta di supporre essere state le ragioni di quello comuni pure a quest'ultimo. Anche al pontefice, così geloso delle prerogative della Santa Sede, doveva saper

male che una consuetudine di origine oscura, e che veniva dal basso e spesso dai laici ad intaccare ed a pervertire il disposto delle leggi canoniche, acquistasse così grande considerazione. Ond'egli la passò sotto sdegnoso silenzio.

D'altra parte egli non poteva però respingerne i risultati tanto profittevoli anzitutto alla difesa dei beni della chiesa, e in genere a completare la difesa della proprietà, molto manchevole nel caso che la cosa fosse a mani di terzi, *propter difficultatem probationum iuris proprietatis*. Non è il caso di discutere qui l'attendibilità del fondamento che Innocenzo dà per tal modo alla tutela del possesso, a noi basti constatare che con lui consentiva buona parte della dottrina medioevale.

Stretto adunque dalla necessità di provvedere, e d'altra parte non volendo discendere all'arbitrario *ius commentitium*, cioè al rimedio dei pratici, egli pensò di portare direttamente, in via legislativa, una deroga al disposto del diritto civile. Ma se la deroga fu determinata dalla considerazione dell'interesse patrimoniale dello spogliato, perchè il pontefice non lo tutelò di fronte a qualunque terzo possessore, dato che il danno dello spogliato esiste tanto nel caso che questi sia in mala fede come nel caso che sia in buona fede? Qui soccorre la questione di coscienza che il pontefice fa nella seconda parte della decretale. Già osservammo come in ultima analisi la distinzione fra terzo di mala fede e terzo di buona fede, non avesse, considerata nelle sue ultime conseguenze e nei suoi effetti pratici, ragione di esistere, poichè anche il terzo di buona fede, dopo la domanda dello spogliato o la contestazione della lite diventa *spolii conscius*; il che appunto vide l'Hostiense nel passo citato. Ma è probabile che in questo punto il teologo abbia preso per un istante il sopravvento sul giurista e ne abbia ottenebrato il criterio; onde Innocenzo tenne solo conto della posizione reciproca delle parti prima di qualsiasi domanda o contestazione di lite. In tal caso si trovavan di fronte e in collisione il danno patrimoniale dello spogliato e il danno morale di punire chi non aveva commesso il peccato; tra i due il pontefice preferì il primo come male minore secondo il suo punto di vista spirituale ed ecclesiastico.

Del resto poco importa a noi il determinare la ragione ispiratrice della decretale. Anche quando si supponga che essa essenzialmente si informasse alla questione di coscienza, sta il fatto che di fronte alla considerazione del peccato, e quindi innanzi agli occhi del pontefice, tanto il rimedio civile che il canonico dovevano apparire come ugualmente ingiusti e immorali, sebbene per diverso rispetto; sta pure il fatto che egli considerò invece la cosa unicamente in rapporto al diritto civile; e resta quindi la nostra conclusione, che cioè egli abbia taciuto del rimedio dei pratici, perchè lo considerava un arbitrario *ius commentitium*. Questo a noi essenzialmente preme, per chiarire il rapporto di origine che intercede fra la *Cond. ex c. Redintegranda* e la *Cond. ex c. Sæpe contingit*.

§ 3.

Della decretale di Innocenzo III, la pratica feconda e poco scrupolosa si impadronì ben tosto e ne foggìò un nuovo e distinto rimedio possessorio accanto ai molti altri, che essa andava elaborando.

Ma il rimedio di Innocenzo III non riuscì a toglier neppur per un istante di mezzo la *Redintegranda*, che omai si era troppo profondamente radicata negli usi forensi. È vero che qualche continuatore del suo indirizzo, e qualche resipiscenza di ostilità contro la nuova azione si incontrano tratto tratto in tutti i secoli successivi, fino al secolo XVIII (1), e, possiamo dire, fino al secolo XIX (2); ma ciò non costituisce che una eccezione.

I pratici e gli scrittori lungi dal sostituire la *Cond. ex c. Sæpe contingit* alla *Redintegranda*, l'accompagnarono ad essa, al modo stesso che già avevan posta questa accanto agli interdetti romani; e ne studiarono sottilmente le analogie e le diversità.

Goffredo di Trano nota che fra la *Redintegranda* e la *Sæpe contingit* corrono due diversità, riguardanti: a) il presupposto

(1) MAZZEI, *De legitimo actionis spoliū usu commentarius*, Romæ 1773. Egli respinge sdegnosamente la *Redintegranda* (Savigny, p. 503).

(2) Sono note le antipatie di Savigny per l'*Actio spoliū* e la poca importanza che egli le diede.

dell'azione, poichè l'una si dà per qualunque ingiusta privazione e l'altra solo nel caso di violento spoglio o di successione ad un violento spogliatore; b) la persona del convenuto, poichè l'una si dà contro tutti i terzi e l'altra solo contro quelli di mala fede:

« Sed inter canonem et decretalem differentia est notanda. Nam » canon ille reint. generalis est qualitercumque et quomodo-
 » cumque quis amiserit rem propriam, vel ecclesiæ, apud quem-
 » cumque et in quocumque loco fuerit constituta. Decret. illa
 » *Saepe cont.* requirit scientiam successoris ut cum quis scien-
 » ter a spoliatore rem receperit violentam ».

Perciò consiglia:

« Verumtamen cum is, qui scientiam allegat, probare habeat,
 » grave sit probare scientiam alienam, non reputo cautum agi
 » conditione ex illa decret. *Saepe cont.*, puto tamen esse tutum
 » agi officio iudicis ex canone *Reint.* (1) ».

Ammonimento questo che deve non, come pensa Bruns (2), dimostrare la ingenuità dello scrittore, ma dare un'idea della cavillosa giurisprudenza medioevale, in cui alla molteplicità di giurisdizioni e di diritti, ed alla minuziosa casuistica, doveva necessariamente corrispondere una molteplicità di azioni spesso oziosa e superflua. Del resto il difetto sarebbe piuttosto nei giudici, poichè, al dire dell'Hostiense, i giudici concedevano solo tanto, quanto era stato ad essi espressamente chiesto (3). Onde lo stesso Hostiense, dopo aver riprodotte le osservazioni di Goffredo sui due diversi rimedi, aggiunge anch'egli:

« Cum igitur diversæ actiones competant spoliato, caveat ne
 » inepte proponat, vel non eligat, alias succumbet propter inep-
 » tam petitionem ».

Il Duranti si accontenta di porlo fra i suoi rimedi *recupera-
 randæ possessionis*, che sono già in numero di otto, mentre la
 Glossa ne annoverava solo quattro (4).

(1) GOFFREDI, *Summa, De rest. spol.*, Venezia 1570, fol. 87.

(2) BRUNS, op. cit. p. 221.

(3) HENRIC. DE SEGUSIO (*Hostiensis*), *Summa aurea*, lib. II, *De rest. spol.*, Torino 1579, fol. 109.

(4) DURANTIS, *Speculum*, lib. IV, parte II, fol. 66, *De rest. spol.*

La *condict. ex c. Saepe contingit* figura del pari in tutti i libri giuridici posteriori fra i rimedi *recuperandae possessionis*, e nella teorica possessoria medioevale tiene per lo più un posto di mezzo tra l'*Unde Vi* e la *Redintegranda*, servendo quasi come anello di congiunzione fra i due rimedi.

Di fronte ai quali essa si trovò sempre come in una posizione di inferiorità. Poichè essa non aveva, come l'*Unde Vi*, il prestigio di emanare da un corpo di leggi di ognor crescente autorità, quale il *Corpus iuris*, nè l'appoggio di un complesso di regole numerose e ben determinate; e d'altra parte non aveva una portata così larga come la *Redintegranda*, tanto per rispetto alle cause da cui poteva nascere, come per rispetto alle persone contro cui si poteva intentare, nè il grande ausilio di una consuetudine omai universale. A ciò si aggiunga la difficoltà, che il provare l'altrui scienza presentava (1), e gli inconvenienti, a cui la legge stessa dava luogo nelle sue ultime giuridiche conseguenze; si aggiunga ancora che il fondamento giuridico dell'istituto, tanto se lo si voglia mettere nella protezione della proprietà, come nella questione di coscienza, era o troppo più ristretto ed inesatto, o troppo più indeterminato, di quanto non comporti una razionale protezione possessoria, che si ispiri a ragioni d'ordine pubblico; e si comprenderà come, mentre l'*Unde Vi* e la *Redintegranda* restarono in tutti i diritti posteriori e ancora nella scienza moderna, come i caposaldi della tutela del possesso, come il maggior portato della giurisprudenza romana e canonica per rispetto a questa materia, e come i rappresentanti di due tendenze opposte nel campo scientifico e legislativo; la *condictio ex c. Saepe contingit* per contro, non ostante che ripetesse la sua origine dal maggiore dei pontefici, sia andata mano mano perdendo considerazione, ed abbia finito per scomparire.

Un momento ancora nella sua storia è degno di esser posto in chiaro, e fu quando fornì il punto di appoggio e in una certa misura anche i materiali ad una celebre costituzione di Federico II, di cui dovremo discorrere fra breve.

(1) Il Bellamera scrive: *Et quia grave est eam (scientiam alienam) probare, laudo quod proponas cond. ex c. reint. (Comm. in Decretal., c. 18, fol. 227).*

PARTE QUINTA

L'ACTIO SPOLII (esposizione sistematica)

Fin qui è stata nostra cura principale il chiarire di quali elementi e con che processo si formò il *Remedium ex c. Redintegranda*, segnandone al tempo stesso l'evoluzione storica fino al momento, in cui esso assunse figura stabile di azione possessoria nel sistema del diritto medioevale. Ora ci troviamo di fronte ad un istituto perfettamente formato in tutte le sue parti, ed avente larghe e profonde radici nella dottrina e nella pratica giuridica; onde a questo punto la nostra esposizione si restringe di necessità a tracciare sommariamente la storia della sua applicazione nel restante Medio evo e nei primi secoli dell'Evo moderno, considerando partitamente gli estremi della nuova azione dal punto di vista sistematico e toccando delle principali questioni che intorno ad essa ancora oggidì si fanno.

Trattiamo partitamente dei Canonisti, dei Legisti e della Giurisprudenza, poichè in ciascuno di questi tre campi, cioè nel campo del diritto canonico, in quello del diritto civile, e nella pratica forense, si agitarono in modo particolare alcune delle questioni attinenti all'azione di spoglio. Facciamo seguire alla nostra esposizione alcune idee sul concetto del possesso nel di-

ritto medioevale, avuto specialmente riguardo ai suoi rapporti con l'azione possessoria.

Questa parte si intitola dall'*Actio spolii*, che è l'ultima denominazione data al nostro istituto appunto in questo periodo, e che è quella intorno a cui si aggruppano ancora oggidì tutte le dispute e le questioni.

CAPO I

I Canonisti.

§ 1.

Quale largo concetto si avesse dello spoglio, che è il presupposto del nuovo rimedio canonico, è detto da Goffredo:

« Canon ille reintegranda generalis est qualitercumque et quomodocumque quis amiserit rem... (1) ».

E la sua espressione si ripete in tutti i canonisti posteriori, come nell'*Hostiense* (2), nel *Duranti*, nel *Calderini*, ecc.; dai quali è posto ancor meglio in evidenza come qualunque *iniusta causa amissionis* è sufficiente per dar origine all'azione.

Guido de Baysio (*Archidiaconus*) aggiunge questo chiarimento:

« Et nota, quod cum clericus dicit se ammisisse rem, in casibus » in litera non patentibus secundum simplicitatem iuris canonici » petit restitui per officium iudicis, et sic consuevit intelligi hoc » c. Redintegranda ».

Dalle quali parole è facile vedere anzitutto come la *condictio ex c. Redint.* avesse conservato, non ostante le sue successive

(1) GOFFREDI, *Summa, De rest. spol.*, fol. 87. Venet., 1570.

(2) HENRICUS DE SEGUS., *Comm., De rest. spol.*, I, cap. I, fol. 45, n. 2: « Et dicitur violentia committi quoties quis id, quod sibi debetur, non per iudicem » reposcit ».

trasformazioni, qualcosa dell'antica natura di *officium iudicis*, e come ciò conferisse a mantenergli quel suo largo carattere di rimedio d'equità, a cui accenna appunto l'Archidiaconus. Il che ha una riconferma in queste parole del Bellamera:

« Licet iure actionis petatur restitutio, tamen post sententiam ex officio iudicis fit executio, et realis restitutio (1) ».

Dal passo di Archidiaconus è pure facile inferire come il canone *Redintegranda*, oltre al conservare, come dicemmo, il carattere di *officium iudicis* nel senso Ps. isidoriano, comprendeva anche in sè quello speciale rimedio restitutorio, che i glossatori del d. civile chiamarono anche *officium iudicis*, in senso però assai più ristretto. Tal rimedio era dato al nudo detentore, il che non può non aver influito almeno in parte sul fondamento giuridico della *condictio ex c. Redintegranda*.

A proposito della quale vedemmo di già come la Glossa al decreto la limitasse al possesso propriamente detto e respingesse i casi in cui alcuno possedeva a nome altrui. A ciò si attengono ancora Goffredo da Trano e il Duranti, i quali riproducendo e moltiplicando le numerose eccezioni della Glossa, aggiungono, il primo:

« Item si is, qui dicit se deiectum, non habuit possessionem iuris (2) ».

E il secondo:

« Cum spoliatus non habuit veram possessionem sed solam detentionem (3) ».

Nello stesso senso si pronunciò anche l'Hostiense (4).

In altro luogo, per contro, lo stesso Duranti afferma che la *Redintegranda* spetta anche al depositario e al comodatario. Così

(1) BELLAMERA, *Comm. al Decretum*, c. 3, C. III, q. 1. Lugduni, 1550, fol. 165.

(2) GOFFREDI, *Summa*, fol. 86.

(3) DURANTIS, *Speculum iudiciale*, lib. VI, part. 1. *De petit. et possess. et spol.*, fol. 87. Torino, 1578.

(4) HENRIC. DE SEG., *Summa aurea*, lib. II; *De rest. spol.*, fol. 108. Egli pone in versi le eccezioni della Glossa, e finisce:

Qui fore possessor nequit, hi non restituuntur.

è pure detto in Giovanni De Deo (1), in Giovanni Andrea (2), in Butrio (3); mentre per contro l'Ancharano lo nega, osservando che al non possessore fu provveduto con la costituzione: *Si quis in tantam*. (7, *Unde Vi*, Cod.) (4).

Generalmente gli scrittori o non si occupano, o toccano solo di passata questo argomento; ma che la pratica tendesse irresistibilmente ad estendere il nuovo rimedio al nudo detentore, anzi che essa l'avesse senz'altro già estesa, appare da questi passi di Giov. Ant. di S. Giorgio:

« In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata »
 » possessio plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis,
 » pronunciant restituendo taliter agentem... ».

Osserva che non osta punto il trovarsi nel testo del *can. Redint.* la parola *suas*:

« Quod hic capitur verbum « suas » late etiam respectu de- »
 » tentationis. Ideo et depositarius et commodatarius, cui res »
 » deposita aut commodata aufertur, potest pro recuperatione uti »
 » remedio huius canonis. Ex quo inferri potest generaliter, quod »
 » etiam non habenti dominium, nec possessionem, sed meram »
 » detentationem, competit hoc remedium (5) ».

Detenzione e spoglio, ecco adunque gli estremi della *Redintegranda*. Ma per rispetto alla loro prova la pratica canonica si scostò affatto dai principî romani; cioè non prescrisse punto che l'attore dovesse provare il possesso o la detenzione al tempo dello spoglio e il fatto dello spoglio, al modo stesso che per l'*Unde Vi* occorreva la prova del possesso al momento della *detectio*, e la prova della medesima. Abbiamo visto a suo luogo come per influenza del diritto germanico si fosse infiltrata nella pratica giuridica del primo Medio evo, insieme a varie altre, anche la presunzione del possesso presente dal possesso più an-

(1) Jo. DE DEO, *Cavillationes*, iv, 6, n. 52. Aggiunto allo *Spec.* di DURANTI, tom. II, fol. 76.

(2) Jo. ANDREA, *Addict. ad Durantis Speculum*. tit. *De rest. spol.*

(3) BUTRIO, *Comm. De rest. spol.*, c. 18, fol. 140. Venez., 1578.

(4) ANCHARANUS, *Comm.*, fol. 176. Bologna, 1581.

(5) Jo. ANT. DE S. GIORGIO (Præpositus), *Comm. super Decretorum volumina*, c. 3, C. III, q. 1, fol. 123, 124, 125. Venez., 1579.

tico, cioè la presunzione per cui si considerava il possessore più antico come legittimo ed il presente come violento, se questi non riusciva a dimostrare la legittimità del suo modo di acquisto. Nei più antichi canonisti non appare chiaramente come intendessero regolare la prova del possesso e dello spoglio. È probabile che anch'essi, come la maggior parte dei glossatori, abbiano respinto il sistema di prova germanico. Ma come già nei post-glossatori, così nei primi decretalisti questo comincia ad acquistare terreno e finisce per trar dalla sua la maggioranza.

Meno esattamente il Bruns ne attribuisce l'origine ad un passo del commento di Innocenzo IV alle Decretali, passo che, per quanto non tratti se non di un caso speciale, sarebbe poi stato generalizzato e foggiato a generale massima di diritto per la prima dal Calderini (1). Onde secondo lui la massima non sarebbe stata che assai tardi applicata alla nostra materia. Il Bruns fu indotto in tale opinione dal fatto che in un concilio di Barbatia (iv, 23) a proposito di tale presunzione sono citati anzitutto Innocenzo IV e quindi Giovanni Calderini. Ma è affatto inverosimile, come osserva giustamente l'Heusler (2), il supporre che sul fondamento di alcune poche parole di Innocenzo IV la dottrina del xiv secolo abbia potuto mettere innanzi una massima così poco conforme alle fonti, e che la pratica se ne sia senz'altro impadronita, ove essa non avesse di già poste salde radici nel diritto medioevale. L'Heusler suppone che fu applicata l'azione di spoglio in causa della confusione che la pratica faceva fra il rimedio *recuperandæ possessionis* e l'*Uti possidetis*, ove la presunzione aveva la sua primitiva sede. Non è inverosimile che la confusione, a cui accenna l'Heusler, benchè non fosse così grande come egli crede, secondo quanto dimostrammo a proposito dei Glossatori, abbia potuto facilitare l'applicazione della presunzione alla nostra materia; ma è forse ancor più probabile che i primi decretalisti l'abbiano senz'altro accolta dalla pratica che l'applicava, conforme alla nota opinione di Placentino, già all'*Unde Vi*.

(1) BRUNS, *Das Recht.*, p. 229.

(2) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 320.

Che ad ogni modo non sia sorta dalla generalizzazione del passo di Innocenzo IV, e che se ne debba far risalire molto più in su del Calderini l'applicazione all'azione di spoglio, è dimostrato dal fatto che già si incontra nell'Hostiense (1).

Ecco anzitutto il passo di Innocenzo IV:

« Si aliquis possideat bona fide, et alius eandem possessionem » occupet bona fide nisi constiterit priorem bone fidei possesso- » rem iuste possessionem amisisse, fiet ei restitutio possessionis, » etiam non probata spoliatione (2) ».

Qui il principio è applicato ad un caso speciale. Ma l'Hostiense lo enuncia in modo affatto generico e molto ben determinato:

« Is... qui probat se semel possedissee, adhuc præsimitur pos- » sidere, nisi contrarium probetur, nam constat nos possidere » donec, aut nostra voluntate discesserimus aut deiectioni fuerimus... » nam et si dicam, quod nunquam habui animum amittendi pos- » sessionem, credendum est magis mihi quam alii (3) ».

Ora, considerando che l'Hostiense fu contemporaneo d'Innocenzo, e che al passo soprariferito, a differenza di molti altri, non cita punto il commento del pontefice, ma espone la massima come propria affatto dell'uso comune, è necessario concludere che essa non sorse e si svolse indipendentemente nella cerchia del diritto canonico, in base al passo di Innocenzo, ma vi passò insieme a molte altre già pienamente formata dalla pratica antica medievale, a cui, come dimostrammo, era venuta dal diritto germanico.

Il Bruns insiste in un suo scritto più recente (4) nel sostenere che la presunzione non fosse per anche usata dall'Hostiense, ed argomenta dal fatto che egli in alcuni luoghi sostiene esser necessario la prova del possesso al tempo dello spoglio e la prova dello spoglio per intentar la nuova azione. Dato che nell'Hostiense esista realmente contraddizione, ciò potrebbe dimostrare

(1) DELBRUECK, *Die Dingliche Klage*, ecc., p. 162.

(2) INNOC. IV, *Commentaria in v lib. Decret., De rest. spol.*, c. 18, n. 1. Torino, 1581, fol. 98.

(3) HENRIC. DE SEGUS. (Hostiensis), *Comm. de rest. spol.*, c. 15, n. 5, fol. 57.

(4) BRUNS, *Jahrbuch des gem. deut. R.*, IV, p. 59.

unicamente che la dottrina non era ben fissa su questo punto, ma non che la presunzione non fosse applicata al *remedium ex c. redintegranda*, come sostiene il Bruns. Può parere che l'Hostiense si contraddica allorchè scrive nel commento al c. 12 dello stesso titolo (n° 33, fol. 53): « is qui petit restitui, habet » necesse probare duo, scilicet se spoliatum, sed istud non sufficit, nisi et probet secundum, scilicet se possedisse tempore » spoliationis ». Ma occorre osservare che in teoria il possesso al tempo dello spoglio, e lo spoglio stesso rimangono pur sempre, come in ogni azione possessoria, gli estremi indispensabili per aver diritto ad agire, i due fatti cioè, di cui si deve dar la prova. La novità introdotta dalla giurisprudenza medievale concerne esclusivamente il modo di fornire tale prova. Di fatti, invece di provarli direttamente, si ritengono provati per presunzione. L'attore dimostra il suo antico possesso, il convenuto non riesce a dimostrare per contro la legittimità del suo modo di acquisto; in tal caso l'antico possesso si considera come ancora non interrotto e il nuovo quindi come illegittimo, cioè originato da uno spoglio. Per tal modo i due estremi: possesso al tempo dello spoglio, e fatto dello spoglio si ritengono come pienamente provati. Si comprende perciò che l'Hostiense e dopo di lui molti altri scrittori, ponendosi dal punto di vista puramente teorico, dichiarassero la necessità di provare quei due estremi, mentre poi di fatti accoglievano la nota presunzione; come si comprende pure che il più degli scrittori, ponendosi dal punto di vista pratico, e non andando oltre a quanto appariva in realtà, affermassero che non occorreva provare nè lo spoglio, nè il possesso al tempo dello spoglio.

Del resto, ritornando al passo dell'Hostiense, ove lo si consideri in relazione col canone da esso commentato (in cui è stabilito che « ingressus possessionem ignorante domino..... potest » per ipsum dominum, statim quum sciverit, repelli etiam violenter, nec ex tali repulsione competit repulso contra dominum interdictum possessorium », e ciò perchè, come dice la » decretale stessa, al proprietario è lecito *vim vi repellere*), si vedrà che l'Hostiense non intende già di escludere dalla reintegrazione colui che provi solo il suo possesso più antico, ma

colui che affermi solo di essere stato spogliato e non provi nè il suo possesso più antico nè quello al tempo dello spoglio.

Basterà quindi che l'attore provi di aver avuto per un momento il possesso, o la detenzione della cosa, prima che venisse nelle mani del convenuto, perchè essa gli sia restituita, ove questi non riesca a provare che l'attore la perdette giustamente. Onde Giovanni Antonio di S. Giorgio al passo già sopracitato scrive:

« In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata »
 » possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis,
 » pronunciant restituendo taliter agentem ad statum, quem in
 » re prius habebat, etiam si momento habuisset, vel fuisset in
 » illo statu (1) ».

E in seguito osserva come nella nuova azione, a differenza che nell'interdetto *Unde Vi*, non occorre punto provare lo spoglio e il possesso della cosa al momento dello spoglio (2).

Anzi il Butrio avverte come sia molto più cauto allegare un atto qualunque di possesso, il più antico che è possibile, in luogo del possesso al momento dello spoglio:

« Nota quia est cautum allegare antiquam possessionem, quia »
 » non semper momentanea parit interdictum (3) ».

Infatti potrebbesi dal convenuto opporre un atto di possesso più antico e così annientare la domanda dello spoglio.

Questa massima per quanto stranamente esorbitante pose così salde radici nella nostra materia, che restò poi sempre una delle caratteristiche indissolubili dell'*actio spolii*. È vero che da principio qualche difficoltà fu sollevata contro di essa, e che in seguito non le mancarono le critiche; ma è vero pure che la maggior parte degli scrittori la accolsero senza contrasto (4). Ne fu solo limitata, come vedremo in seguito, da alcuni l'applicazione per rispetto alle cose mobili.

(1) JO. ANT. DE S. GEORGIO, *Comm. super Decretum*, C. III, q. 1, c. III, fol. 123.

(2) Loc. cit., fol. 125, n. 12.

(3) BUTRIO, *Comm.*, xv, fol. 136.

(4) BUTRIO, BELLAMERA, PANORMITANUS ecc. nei rispettivi Commenti, e la Glossa al tit. *De rest. spol.*

Poichè, a differenza dell'*Unde Vi*, oggetto della nuova azione sono tanti i mobili come gli immobili. Già Goffredo scriveva:

« Spoliatio est possessionis rei immobilis violenta et iniuriosa » delectio vel mobilis rei ablatio (1) ».

E subito dopo conchiudeva:

« Generaliter restituendus est quilibet ab alio, quam a suo » iudice spoliatus (2) ».

Nei consigli di vari autori si tratta di restituzione di cose mobili ottenuta mediante la nuova azione (3).

Gio. Ant. di S. Giorgio ne afferma esplicitamente anche in teoria l'applicazione tanto alle cose immobiliari come alle mobiliari (4).

E che tale fosse veramente la comune opinione dei giuristi della chiesa appare da questo passo del Pontano, il quale a proposito dell'interdetto *U. V.* scriveva:

« Pro rebus autem mobilibus, in quibus non versetur propria » vis expulsiva, sed ablativa, prospectum est per aliud prætorium edictum vi bon. rap. Quamvis forte domini de Rota has » civiles actionum subtilitates parvi pendentes, more canonum » promiscue receperint libellum interdicti *Unde Vi* in rebus mobilibus in eorum decisionibus (5) ».

Adunque l'uso di applicare il rimedio *Redintegranda* ai mobili era così radicato, da turbare la retta applicazione dell'*U. V.*

§ 2.

Dalla nuova azione può essere tutelato non solo il possesso delle cose mobili ed immobili, ma anche l'esercizio di qualunque diritto.

Già secondo la dottrina Ps. isidoriana il giudice doveva in base al *c. redint.* restituire allo accusato tutte le cose e tutti i

(1) GOFFREDI, *Summa, De rest. spol.*, n. 1, fol. 86.

(2) Loc. cit., n. 2.

(3) BRUNS, *Das Recht.*, p. 231.

(4) JO. ANT. DE S. GEORGIO, *Comm.*, fol. 125.

(5) PONTANO, *De Spolio (Tract. Univ. iuris, tom. xiv)*, Venez. 1584, lib. 1, cap. 1, n. 1^a-14.

diritti indistintamente, del cui possesso egli fosse stato privato. In continuazione di una tale disciplina, e per influenza del diritto germanico, come dimostrammo a suo luogo, avevano i glossatori estesa la protezione possessoria molto oltre i confini delle fonti romane, difendendo con un interdetto *U. V.* utile il possesso di diritti svariatiissimi. Ma fu nella giurisprudenza canonica che il possesso dei diritti ottenne la più ampia protezione. Allorchè infatti dall'antico fondamento processuale si staccò e si isolò la nozione dello spoglio, che si era venuto formando come presupposto dell'*exceptio spolii*, e in base a questa nozione si stabilì un nuovo rimedio recuperatorio, esso necessariamente si applicò a tutti quei diritti, che già erano compresi nella protezione dell'antico rimedio processuale.

Nelle fonti ecclesiastiche la materia riguardante la tutela del possesso dei diritti abbonda in modo straordinario. Il largo concetto che i canonisti avevano dello spoglio si prestava a queste estensioni. E invero nelle fonti ecclesiastiche del periodo classico si tratta di spogli di diritti svariatiissimi, cioè (1):

1° Di diritti di supremazia riferentisi ad una comunità, ad un chiostro, ad una chiesa; p. e. « abbas et conventus (S. Ni- » colai) se ab ipsis priore et conventu de Paldigen, possessione » subiectionis eiusdem prioratus asserunt spoliatus (2) »;

2° Di ogni specie di ufficio o carica ecclesiastica; come episcopati, arcidiaconati; « episcopum restituere faceret ad episco- » patum et ad alia, quibus fuerat indebite spoliatus (3) »;

3° Di benefici, prebende, diritti parrocchiali, ecc.; per es.: « quia... non decet... clericos... suis beneficiis spoliare... clerico » præfatam ecclesiam cum redditibus inde perceptis restituas (4) »;

4° Di diritti onorifici speciali; p. e.: « coram nobis queri- » moniam deposuisti, asserens, quod te de possessione huius rei » (per totam Angliam ante se crucem deferre) ante cogni- » tionem iudicii spoliassetus (5) »;

(1) Vedi questa parte esposta estesamente in Bruns, *Das Recht.* § 24, 25, 26.

(2) c. 2. *De testibus et attestationibus*, in Sexto; II, 10.

(3) c. 37, x. *De offic. iud. del.*, I, 29.

(4) c. 7, x. *De rest. spol.*, II, 13.

(5) c. 1, x, *Ut lite pend.*, II, 16.

5° Di diritti di patronato e di elezione; p. e.: « procurator » petebat ab eodem episcopo restitutionem tam super libertate » libere eligendi sibi praelatum, quam etiam super... aliis, qui- » bus omnibus pars sua spoliata fuerat (1) »;

6° Di diritti di rendita e specialmente di decime; p. e.: « nec » afflictuum et pensionum possessio poterat tibi restitui, quia » ea non fueras spoliatus (2) »;

7° Dei diritti di famiglia in genere e in special modo dei diritti matrimoniali (3); p. e.: « decretalem epistolam bonæ me- » moriæ Lucii Papæ prædecessoris nostri, arguentis quos- » dam iudices delegatos, qui, restitutionem viri, qui sine iudicio » ecclesiæ uxorem dimiserat, et ei consanguinitatem postmodum » opponebat, spoliatae ac repetenti coniugem denegabant, et man- » dantis, sibi prius restitui taliter spoliata, et postea de ma- » trimoniali causa cognosci (4).

In tutti questi casi di spoglio le fonti ordinano che gli spogliati sian reintegrati; *restituere* è la parola usata; e che qui si tratti puramente di una reintegrazione nel possesso appare o dalla parola *possessio* che viene usata (5), o dalla distinzione che si fa tra *possessorium* e *petitorium* (6), o infine dalla clausola che si aggiunge dopo ordinata la reintegrazione: *salva questione proprietatis* (7).

(1) c. 24, x, *De elect.*, 1, 6; c. 3, x, *Ne sede vacante*, III, 9.

(2) c. 19, x, *De rest. spol.*, II, 13.

(3) SAVIGNY (*Possession.*, § 49, p. 496), seguito da RUDORFF (*Append.*, n. 176, p. 728) e da DUNKER (*Zeitsch. f. deut. R.*, vol. II, p. 53), sostenne che a questi diritti matrimoniali non si concedesse una vera protezione possessoria. Ma il trovarsi i passi in questione al titolo *de restitutione spoliatorum*, l'uso delle parole *possessio*, *spoliare*, *restituere*, *possessorium*, nel senso tecnico, cioè precisamente come quando si tratta di diritti beneficiari, e simili, dimostrano evidentemente che ai diritti matrimoniali era stata concessa una vera protezione possessoria e quindi estesa tutta la teorica relativa. Ciò ha posto in chiaro il BRUNS, p. 191 e seg., seguito dai più oggidì. MEISCHNER (*Besitz. und Besitzschutz*, § 87, p. 395), RANDA (*Der Besitz*, § 24, p. 519, not. 6), STORBE (*Handbuch*, vol. II, p. 36), PAIS-PASSINO (*Contributo*, p. 217, not. 8).

(4) c. 13, x, *De rest. spol.*, II, 13.

(5) c. 17, x, *De rest. spol.*, e altri molti.

(6) c. 6, x, *De arbitris*, 1, 43.

(7) c. 24, x, *De election.*, 1, 6.

Raramente è fatta nei passi citati e nei numerosi altri consimili parola di violenza; basta invece a costituire lo spoglio un qualunque impedimento arbitrario ad esercitare i propri diritti.

Una figura affatto speciale e caratteristica assume il fatto dello spoglio allorchè si tratta in genere di diritti di supremazia, di padronanza su altri, o in specie di decime e di rendite. Lo spoglio in questi casi può aver luogo o per parte del sottomesso o dell'obbligato, oppure per parte di un terzo. Trattandosi di diritti di supremazia lo spoglio si compie dal sottomesso col negare l'obbedienza, e dal terzo col pretendere la soggezione ad altri dovuta, oppure impedendone l'esercizio.

Consideriamo il caso delle decime. Le fonti usano per riguardo all'obbligato le espressioni *solvere*, *contradicere*, *detinere*, *subtrahere* (1), queste due ultime sempre però evidentemente nel senso di rifiuto di pagamento. E già Roffredo riteneva che il rifiuto a pagare costituisse uno spoglio per parte dell'obbligato (2). Nei rapporti col terzo, havvi spoglio allorchè questi faccia fare a se il pagamento o l'impedisca. Nelle fonti si incontrano le espressioni *auferre*, *detinere* ed altre equipollenti per la prima delle due ipotesi. Quanto alla seconda, il can. 31 *De decimis* (3) contiene una epistola di Innocenzo III al vescovo Vesprimense, nella quale, avendo il vescovo accusati presso il papa i *fratres Hierosolymitani hospitalis*, è detto: « te proponente in nostra » *præsentia quæstionem, quod ipsi* (cioè i frati) *decimas, de laboribus rusticorum suorum Vesprimensis ecclesiæ debitas, non »* *permitterent tibi solvi prohibemus, ne fratres hospitalis »* *præsument ulterius impedire, quo minus decimas percipias memoratis... »*.

Osserva a questo punto il Bruns come secondo il diritto delle obbligazioni romano il fatto di un terzo non potesse mai cam-

(1) c. 22, Coll. 1. *De decimis*; c. 8, x. *De transac.*, 1, 36; c. 60, 26, x. *De decimis*, III, 30.

(2) Si noti che qui si tratta di pagamenti che non estinguono l'obbligazione, perchè in caso contrario non ci sarebbe luogo a distinzione fra petitorio e possessorio.

(3) c. 31, x, *De decim.*, III, 30.

biare i rapporti fra le due parti. Il creditore cioè aveva solo un'azione contro il debitore, tanto nel caso che questi mancasse all'adempimento dell'obbligazione per fatto proprio, come nel caso che vi mancasse per violenza o dolo di un terzo. Contro costui non poteva il creditore agire nè in petitorio nè in possessorio, perchè egli poteva pur sempre ripetere un nuovo pagamento dall'obbligato. A questi invece spettava la *condictio indebiti* contro il terzo.

Secondo il diritto canonico per contro, trattandosi di decime, e pare anche di qualunque altro peso reale, il creditore ha una azione petitoria e possessoria contro il terzo.

Il debitore pagate le decime è liberato dal suo obbligo; al creditore non rimane più altra via che quella di ripeterle dal terzo. Ciò appare dal c. 31 sopracitato, dai canoni 15 (1) e 9 (2) *De decimis*.

Il Bruns crede ciò dipendesse dall'essere la decima considerata non come una generica prestazione ma come un oggetto determinato, che può essere pagato solo una volta. Ma osserviamo subito che non vi è nulla che autorizzi a credere che così veramente la si considerasse, e che d'altra parte, pur accettando tale spiegazione, resterebbe pur sempre da chiarire il perchè non agisse contro il terzo a preferenza del creditore il debitore, che ne aveva patito lo spoglio. Il Bruns dice anche che tutta questa singolarità del diritto canonico proviene dal fatto che si riteneva il diritto alla prestazione reale o alla decima come un *quid*, che al modo stesso di una cosa materiale potesse legittimamente o illegittimamente passare di mano in mano, e dar quindi luogo ad una azione (3).

(1) c. 15, Comp. 1, *De decimis*, IV, 26 (FRIEDBERG, *Quinque Compil. antiquar.*, p. 36).

(2) c. 9, x, *De decimis*, III, 30.

(3) Il PAIS-PASSINO (*Contributo...*, p. 228) completerebbe questa spiegazione del Bruns, ch'egli accetta, con le seguenti parole: « e siccome nel possesso delle cose l'azione per la restituzione era accordata... contro qualunque detentore di esse, così venne accordata contro il terzo che si era impossessato del diritto, esercitandolo di fronte all'obbligato ». Questa estensione per analogia ci pare inadeguata. Colui, che illegittimamente ottiene od impedisce il

Che dal modo di trattare la questione delle decime il diritto alla loro prestazione potesse fino ad un certo punto assumere figura di cosa materiale trasmissibile di mano in mano, non neghiamo; ma crediamo al tempo stesso che tale veduta puramente teorica fosse lontana dalle menti di quei giuristi, i quali dovettero per contro informarsi a considerazioni nascenti dalla stessa natura del diritto e del contratto, ed anche a considerazioni d'indole sociale ed economica oltre che d'indole giuridica.

Intanto il solo caso di cui parlino le fonti, e il caso più frequente, è quello delle decime. Ora chi non vede che trattandosi di decime il paragone col diritto delle obbligazioni non regge? La decima non dipende da un contratto, ma da un rapporto giuridico ignoto all'antico diritto, da un rapporto che non ha nulla della convenzione, poichè esso non è punto consentito dal vincolato, ma a lui imposto. La decima contiene in sè due distinti diritti: cioè il diritto su una parte dei frutti e dei raccolti, e il diritto alla prestazione dei medesimi per parte di chi coltiva la terra. Il primo costituisce evidentemente un vero diritto reale. Quanto al secondo, esso ha tutto l'aspetto di un diritto di obbligazione, ma non lo è perchè non dipende, come dicemmo, da una convenzione, ma dalla carica che il creditore della decima copre. Ora fu appunto questa somiglianza quella che generò il meno esatto apprezzamento del Bruns. L'estendere al diritto delle decime le azioni petitorie e possessorie non costituisce quindi, come egli crede, una anomalia nella sfera dei

pagamento della decima, non può punto, come fa il Pais-Passino, esser paragonato al terzo, a cui è passata la cosa dalle mani dello spogliatore, ma deve essere considerato egli stesso come immediato spogliatore; terzo invece sarà colui al quale egli trasferì la decima illegittimamente esatta. E tant'è vero che le disposizioni pontificie lo consideravano come spogliatore e non come terzo, che concedevano contro di lui l'azione possessoria da esse riconosciuta, cioè l'*Unde Vi*, il quale non competeva contro il terzo. Della *Redintegrandi* non si può qui parlare, perchè i pontefici non la accettarono mai. Nè si obietti il disposto del can. *Scpe contingit*, perchè le statuizioni delle leggi papali relativamente al punto che ora discutiamo sono in massima parte anteriori al tempo, in cui fu emanato tale canone.

diritti di obbligazione, ma puramente una estensione per analogia di quanto avveniva pei diritti reali.

E che i giuristi medioevali abbiano tenuto presente in tale nuova applicazione il fondamento reale del rapporto giuridico, ed abbiano trascurato la sua apparenza convenzionale, appare dalla questione già più volte citata di Azone. Egli si oppone a che si difendano con i rimedi possessori le prestazioni in questione, perchè esse non possono paragonarsi alle servitù, ma sono *personalissimæ præstationes*; con tutto ciò avendo gli avversari invocato l'esempio delle decime, egli non ripete per queste la stessa ragione, ma dice: « licet aliud dicat in decimis » et in iure patronatus, quod magis versatur circa res certas (1) ». Il concetto dei giuristi medioevali è ancor meglio chiarito dalla seguente disposizione di molti statuti, fra i quali sono quelli di Cremona, Bergamo, Vigevano, ecc. ove si stabilisce:

« Si qua persona spoliaverit aliquem de aliqua eius » possessione, vel quasi rei immobilis, vel iuris inhærentis alicui » rei immobili, vel *de fructibus decimæ*, vel *de iure decimationis*, vel de alia quacumque re immobili restituat ecc. (2) ».

Dunque anche dove l'azione possessoria è limitata agli immobili ed ai diritti sui medesimi, non ne sono però esclusi i frutti delle decime e le decime stesse. Ma spesso la decima non consisteva in parte dei frutti del suolo, bensì in parte di altri proventi di varia specie (3). L'estensione a questi casi è dovuta evidentemente all'analogia.

Quanto si è detto delle decime vale anche per quelle altre prestazioni di varia natura che erano dovute ad alcuno per l'ufficio che copriva o per la sua posizione sociale.

Ma restano gli altri pesi reali, cioè le obbligazioni reali, ove le prestazioni erano dovute per contratto. Qui è innegabile che il diritto canonico si staccò dalla teoria delle fonti romane, a cui ha accennato il Bruns. Ma non crediamo che ciò sia avvenuto per le ragioni che egli dice, sibbene per la simiglianza

(1) LANDSBERG, *Die Quæstiones des Azo*, quæst. xi, p. 80; Freiburg, 1888.

(2) Vedi parte vi, Cap. i, § 2.

(3) c. 5, x, *De decimis*, iii, 30.

che eravi tra di esse e le decime. Voglio dire che anche in esse eravi un vero diritto del creditore a parte dei frutti o dei proventi del fondo. I giuristi medioevali tennero presente solo il fondamento reale di questi rapporti, e non avvertirono che esso dipendeva da una convenzione.

Del resto questo passaggio sarà meglio da noi dimostrato in seguito (1); per ora basti l'aver escluso la ragione che ne vorrebbe addurre il Bruns.

Per quanto riguarda l'applicazione del rimedio possessorio ai casi di disconoscimento o di usurpazione di autorità, essa è dovuta a nostro avviso all'influenza della teoria ecclesiastica intorno all'*exceptio spolii*. Anche questo però sarà meglio dimostrato in seguito (2).

A tutti questi molteplici e multiformi esempi di spoglio corrispondeva secondo la legislazione canonica una restituzione nel possesso. Non è detto però con quale rimedio e con quale azione ciò si ottenesse. Non certo con la *Redintegranda*, poichè i pontefici non la riconobbero. Non è improbabile che essi pensassero, come crede il Bruns, ad un'azione speciale plasmata sull'*Unde Vi*, cioè ad un *Unde Vi* utile. Da molti passi delle fonti però pare che nella maggior parte dei casi, e specialmente quando si trattava di spogli avvenuti per abuso di autorità da parte di un superiore, si ricorreva all'antico *officium iudicis* Ps. isidoriano. Invero la materia del possesso dei diritti era quella che più si avvicinava ancora alle *False Decretali*, anzi si può dire che se la difesa delle cose materiali discendeva dalle fonti romane, quella dei diritti aveva la sua più importante fonte nelle raccolte francesi del ix secolo. Non deve quindi recar meraviglia che anche il rimedio da esse creato fosse fino ad un certo punto mantenuto. Vedemmo infatti come l'*exceptio spolii* nell'antico senso, non ostante l'abbandono della pratica, perdurasse nella legislazione papale ancora per molto tempo (3).

(1) Vedi Parte v, Cap. I, § 2.

(2) Loc. cit.

(3) Vedi Parte IV, Cap. II, § 1.

Fin qui abbiamo detto della legislazione; ma la teoria e la pratica canonica andarono oltre, e anche alla difesa dei diritti assegnarono dei veri e propri rimedi restitutorî.

Già Azone, nella citata sua questione, diceva: « de subtilitate » canonum potest intendi possessorium pro quolibet iure (1) ».

Ma chi meglio di ogni altro si trovava in condizione di avvertire il distacco della dottrina canonica dalla romana era Roffredo Epiphania di Benevento, del cui *Ordo iudiciarius*, scritto mentre era ai servizi di Federico II, già ebbimo ad occuparci. Quando dai servizi del re passò a quelli di papa Gregorio IX (2), scrisse un *Libellus de iure canonico*, nella parte vi del quale, intitolata « Qualiter et quis debeat agere, quando iure canonico » dicit se esse spoliatum », è detto:

« Quia quis aliquando spoliatur possessione vel quasi iurium, » de quo plena notitia iuris civilis non habetur, sed bene discutitur iure canonico, ideo de hac materia videamus; nam iure civili fuit quæsitum, an posset quis iuribus spoliari, et non videtur. Iure tamen canonico, secundum quod de æquitate, et non de subtili iuris rigore proceditur, quis dicitur spoliari iuribus vel quasi spoliari, ut competat restitutio vel quasi (3) ».

I Canonisti riconoscono un quasi possesso in materia matrimoniale, ed applicano ad esso i rimedi possessorî. E Roffredo al titolo: « Qualiter debeat maritus petere uxorem » non gli concede l'*Unde Vi*, allegando questa ragione:

« Illud locum habet, quotiens pro re immobili restitutio petitur, uxor autem non est res immobilis, sed potius mobilis vel se movens (4) ».

Riconoscono del pari l'applicazione di tutta la teorica possessoria alle decime ed alle rendite in genere, nonchè ai diritti di giurisdizione e di ufficio.

Anzi, sebbene i più celebri canonisti vi si opponessero, si finì per ammettere un *possessorium* anche nel campo delle ob-

(1) LANDSBERG, *Die Quæstiones des Azo*, quæst. xi; Freiburg, 1888; p. 80.

(2) BRUNS, p. 237, e SCHULTE, *Die Gesch. der Quellen ecc.*, vol. II, § 17, p. 75.

(3) BRUNS, pag. 238.

(4) BRUNS, p. 240.

bligazioni personali; specialmente per opera della pratica, che finì per imporsi agli stessi scrittori. Cosicchè lo Zabarella scriveva (1):

« Dicit Cynus, quod in foro canonistarum servetur possessorium etiam in personalibus præstationibus, sed ubi colligitur hoc non apparet ».

Non si ammetteva però il *possessorium* allorchè esercitando il diritto si sarebbe commesso un peccato; per esempio in un concubinato (2), nella pretesa di un ufficio spirituale per goderne gli appannaggi (3).

Quanto al rimedio restitutorio, con cui si doveva proteggere questi casi di spoglio, benchè negli scrittori regni un po' della indeterminatezza delle fonti, tuttavia si può affermare come in genere si pensasse ad un interdetto *Unde Vi* utile, simile a quello immaginato dai Glossatori del diritto civile, ad alcune *conditiones* nascenti dalle singole decretali, fra cui primeggia la 24 *de electionibus* (4), e specialmente alla *Redintegranda*; cosicchè il Butrio (5) poteva scrivere:

« Quando omnia deficiunt, non cessat remedium ex c. Redemptus competens quo qualibet non iuridica privatione (6) ».

Ecco quindi come la nuova azione possessoria, già più estesa d'ogni altra per rispetto ai suoi presupposti, si allargò ancora sotto questo rispetto, per modo da abbracciare tutti i casi compresi dagli altri rimedi, e quelli eziandio, a cui essi non erano applicabili, e in cui tuttavia era possibile lo spoglio.

Restando ancora un momento nel campo del possesso dei diritti, occorre osservare una particolarità molto rilevante, e di cui abbiamo già dovuto far cenno (7). Mentre in genere la nuda detenzione dà luogo alla *Redintegranda*, allorchè si tratta di

(1) ZABARELLA, *Comm.*, c. 5 *De censibus*.

(2) DUNKER, *Quasibesitz*, p. 30; da PERTILE, vol. IV, p. 176.

(3) POSTIUS, *Tract. de manut.*, obs. 12, n. 93 e seg.; vedi MEISCHNER, *Besitz und Besitztshutz*, § 88, p. 399.

(4) X. I, 6.

(5) *Consilium* 62.

(6) BRUNS, p. 243.

(7) Vedi *part.* III, Cap. III, § 1, e Cap. IV, § 2.

materia beneficiaria e matrimoniale non basta neanche la prova del possesso, ma occorre fino ad un certo punto quella del titolo.

Per rispetto al matrimonio, si discusse assai per stabilire quali rapporti dovessero essere interceduti fra i coniugi perchè si potesse parlare di possesso del diritto matrimoniale.

Senza dilungarci in una questione, che non può più avere per noi un grande interesse, diremo solo come tanto in materia di benefici, come di matrimonio, si richiedesse una *possessio* speciale, che i giuristi del tempo chiamano « *colorata* ». Era necessario cioè che l'attore, senza provare effettivamente il suo diritto, tuttavia avvalorasse, colorisse il suo possesso con l'affermare tale suo diritto, e col dimostrare in genere di esser munito di titoli. Il Cassadoro infatti osserva che la questione possessoria trattandosi di benefici « *iuris adminiculum desiderat* (1); e l'Ancharano scrive che trattandosi di matrimonio « *interdictum habet mixtam causam proprietatis* (2) ». Con l'usata sua acutezza il Bellamera definisce tale questione. Riferisce egli l'opinione di Pietro da Sarceneto, il quale sosteneva doversi sempre nella *Redintegranda*, a differenza che nell'*U. V.*, provare qualche cosa di più del semplice possesso, cioè colorarlo; e osserva che la necessità del titolo nella pratica è riconosciuta quando si mira a riacquistare:

« *Possessionem benefici ecclesiæ, vel uxoris* ».

Ed eccone la ragione:

« *Quia absque titulo non potest ibi haberi possessio colorata, nec possessio quæ debeat aliquos iuris effectus habere; quia talia, quæ iuris publici sunt, propriis actibus nostris nobis acquiri non possunt, nec haberi valent, nisi ex concessione alicuius superioris specialis, et alia publica et maiori administratione ius hoc concedendi habente* (3) ».

(1) CASSADORO, *Sacrosantæ decisiones canonicæ, De rest. spol.*, Venez., 1599, pag. 288.

(2) ANCHARANO, *Comm. c. 8, De rest. spol.*, p. 165.

(3) BELLAMERA, *Sacrosantæ decisiones canonicæ, Conclusio xvii*; Venez., 1599, pag. 7.

Anche il Geminiano accenna alla stessa ragione, dicendo « ille » dicitur habere coloratam possessionem qui auctoritate superioris potestatem habentis est institutus (1) ».

Circa al modo di colorare il possesso, il Bellamera osserva che tanto per i benefici come nelle cause matrimoniali « sufficit titulum probare summarie (2) », per modo, egli soggiunge, da non togliere di mezzo la distinzione fra petitorio e possessorio.

E il Cassadoro afferma che in materia beneficiaria « non debet » agens probare titulum, sed iustificare possessionem ex titulo, » vel aliter colorare (3) ».

§ 3.

Ci restano a trattare ancora, almeno in modo sommario, due punti; cioè quanto riguarda le persone contro cui si poteva intentare la *Redintegranda*, e le eccezioni che contro di essa si potevano dai convenuti sollevare. Abbiain detto in modo sommario, e ciò perchè i due punti furono svolti essenzialmente dalla dottrina civile e dalla pratica giudiziale posteriore; cosicchè ci riserviamo di parlarne più a lungo in seguito.

Già fin da principio una delle caratteristiche principali della nuova azione, era quella di competere contro i terzi tanto di mala come di buona fede. E questa caratteristica era tanto essenziale che turbò da principio, come già si vide per altri punti, la retta intelligenza dell'*Unde Vi*. Infatti nei canonisti antichi appare come molti trattassero allo stesso modo l'interdetto. Innocenzo ed Hostiense ricordano entrambi che « dixerunt quidam contra quemlibet agi posse per interdictum *Unde Vi* (4) ».

(1) GEMINIANO, Consil. 117, n. 10, fol. 66.

(2) BELLAMERA, Op. cit., Concl. LXLIX, p. 32.

(3) CASSADORO, Op. cit., Dec. VIII, p. 288.

(4) INNOC. IV, Comm., *De rest. spol.*, xv, n. 6, fol. 97; HENRIC. DE SEGUIUS, *Comm. Ibid.*, n. 8, fol. 57; egli dice *actione in factum*, e intende di parlare dell'*actio in factum* sostituita all'interdetto. Vedi pure la *Glossa*, C. xv, *interd. Unde Vi*.

L'equivoco in seguito si dissipò, e il competere contro i terzi restò una delle particolarità riservate alla *Redintegranda* (1). Ma nell'applicazione della regola sorsero dei dubbi, che presero in seguito proporzioni sempre maggiori e diedero luogo a lunghissime controversie.

In genere i Decretalisti, a differenza ed in opposizione dei Legisti, ritennero che essa competesse contro qualunque terzo possessore, anche avente il titolo e la buona fede, cosicchè il De Ferrariis scriveva: « Communis decretalarum opinio est, » quod sic: sive sit bona fide, sive cum titulo, sive sine titulo » possessor (2) ». Ma anche nel seno stesso dei Decretalisti si cominciò a distinguere da alcuni fra vizi reali e vizi personali, e a stabilire che quelli passassero bensì in ogni terzo possessore, ma che questi non intaccassero il possesso di chi non fosse successore universale dello spogliato (3). E il Bellamera facendo un'altra restrizione, scrive:

« Quæritur utrum beneficium huius canonis habeat locum » contra tertium possessorem qui habet bonum titulum et bonam » fidem, et qui scienter in alterius vitium non successit, sed » potius ignoranter. Et videtur quod non, quia ille qui fortius » ius allegat in iudicio obtinere debet ».

E, facendosi egli stesso l'obbiezione che qui sorge di necessità, soggiunge: « Non obstat si dicatur quod agenti possessorio » quaestio proprietatis opponi non potest », perchè tal principio val solo nel caso che il proprietario abbia egli stesso commesso lo spoglio. Il Duranti era andato più in là negando allo spogliato il vantaggio d'esser reintegrato, « cum a malæ fidei possessore res pervenit ad verum dominum (4) ».

Ma i più respinsero tale eccessiva restrizione e non ammisero per regola l'*exceptio domini*, per quanto non appaia se a

(1) Si intende che lo spogliato ha la scelta di agire contro lo spogliatore o contro il terzo possessore. — PANOR., *De rest. spol.*, c. xvii, n. 21, fol. 196.

(2) PETRUS DE FERRARIIS, *Practica aurea*, p. 393, Lugduni, 1579; DELBRÜCK, *Die dingliche Klage*, p. 162.

(3) BOICH, *Comm.*, Venezia, 1576, p. 222.

(4) DURANTIS, *Speculum iudic.*, lib. ii, p. i. *De rest. spol.*, Torino, 1578, f. 87.

tal regola non facessero in niun caso qualche eccezione. Il Tartagni scrive:

«Secundum veras conclusiones agenti cond. ex c. *Red.* non » potest opponi exceptio domini (1) ».

Non mancò neanche chi fra i più antichi ammise l'*exceptio vitii*; e Goffredo pone fra le eccezioni alla regola che lo spogliato deve reintegrarsi, questa: « si is, qui dicit se eiectum... » habuit possessionem per violentiam (2) ».

Ma la dottrina posteriore la respinse unanime, e generalmente si insiste sul fatto, che la *Redintegranda* compete anche al possessore di mala fede (3).

Quanto all'eccezione della prescrizione, si era d'accordo almeno in teoria nel dire che questa azione era perpetua. Ma alcuni intendevano ciò nel senso che fosse ammessa però la prescrizione di trenta o quarant'anni che spegne ogni azione; altri invece che fosse esclusa (4). Alcuno, come Archidiaconus, distingueva a seconda che si agiva *ad rem*, o *ad paenam*, e sosteneva che solo in quest'ultimo caso « nulla condictio temporis » tollere possit istud remedium (5) ».

Ma questo fu uno dei punti più controversi nella giurisprudenza della Rota Romana; perciò ne tratteremo di poi.

Si può dire che col secolo xv cessi il lavoro scientifico dei canonisti intorno al nostro argomento. La *Redintegranda*, che nel frattempo era entrata a poco a poco nella dottrina civile e nella pratica secolare collocandosi accanto ai rimedi romani, finì coll'acquistarvi il predominio e col porvi la sua sede principale, perdendo per tal modo il carattere di istituzione ecclesiastica. Il declinare della potenza papale la necessità in cui si trovava di raggruppare le forze intellettuali della chiesa a sostegno del dogma e della disciplina canonica, e il decadere

(1) TARTAGNI, *Consilia*, l. III, Venez. 1597. Cons. VI, n. 17.

(2) GOFFREDI, *Summa*, *De rest. spol.*, fol. 86.

(3) JO. ANT. DE S. GEORGIO, *Comm.*, fol. 125.

(4) TARTAGNI, *Consilia*, lib. V, c. 92, fol. 84, n. 28.

(5) JO. ANT. DE S. GEORGIO, *Comm.*, C. III, n. 15, fol. 125.

in Italia degli studi giuridici in genere, furono senza dubbio fra le cause principali del definitivo trapasso del nostro rimedio dalla dottrina ecclesiastica alla laica.

CAPO II

I Legisti.

§ 1.

La *Redintegranda*, di cui si lieve traccia si trova nei Glossatori del diritto civile (1), comincia già nel periodo dei Commentatori a far le sue prime prove nel campo della giurisprudenza secolare. Ciò si spiega con molte ragioni di varia natura, fra le quali non è da trascurarsi la differenza essenziale, che correva fra l'indirizzo prevalentemente scientifico della scuola più antica e le tendenze affatto pratiche dell'altra. In vero, sebbene la *condictio ex c. Redintegranda* già vivesse di vita autonoma ed anche rigogliosa nel tempo degli ultimi Glossatori, essa non riuscì ad imporsi se non ai Commentatori, i quali nel loro studio di adattare ai bisogni della pratica il diritto antico, non potevano trascurare di trattare in qualche modo, anche solo per combatterla, di questa nuova azione che la pratica contrapponeva ai rimedi da essi introdotti. Per combatterla, ho detto; poichè la cattiva luce in cui il ripudio dei pontefici aveva posto il nuovo rimedio non lo abbandonò nella sua nuova sede, ed anzi lo accompagnò per sempre, come dimostreremo; cosicchè non senza lotte e contrasti esso riuscì a fissarsi nella giurisprudenza laica. L'ostilità si manifestò sotto due diversi aspetti: o come ripudio generale di tutto intiero l'istituto, fondato dapprima sul fatto che la stessa suprema autorità ecclesiastica la

(1) La questione già più volte ricordata di Azone è forse il solo passo ove si citi la *Redintegranda*; LANDSBERG, *Die Quaestiones des Azo*, quaest. xi; Freiburg, 1888, p. 80.

aveva rinnegata, e in seguito, quando fu dimostrata la falsità delle *Decretali Ps. isidoriane*, sul suo vizio d'origine; oppure come una esclusione parziale delle sue caratteristiche più importanti, considerandole un *ius commentitium* (1), per modo da ridurlo quasi intieramente nei limiti degli altri rimedi possessorî.

Con tutto ciò la *Redintegranda* si impose e riempi di sè la pratica e la teoria; ed anzi molti autori, senza andare gran che pel sottile, e tenendo conto solo del fatto ch'essa era una emanazione della giurisprudenza ecclesiastica, l'attribuirono senza più ai Pontefici, non considerando che essi, pur accogliendo il c. *Redintegranda*, non ne avevano del pari accolte le applicazioni.

Anche il c. 18 contribuì a turbare la uniforme intelligenza ed applicazione della *Redintegranda*, poichè difficilmente si potevano conciliare fra di loro in modo da togliere di mezzo ogni dubbio.

Infatti alcuni commentatori, come Cino e Angelo de Ubaldi (2), non riconoscono altre deroghe al diritto civile, se non quella fatta da Innocenzo III col c. *Saepe contingit*, e adducono le ragioni messe innanzi da Innocenzo IV. Gli altri, cioè Alberico da Rosate (3), Butrigario, Bartolo, Baldo (4), ne trattano unitamente agli interdetti romani. Anzi da Bartolo ebbe origine un'opinione, che poi trovò molti seguaci; Bartolo cioè non ammetteva la *Redintegranda* se non contro il terzo possessore avente causa da colui che aveva commesso lo spoglio. Nello stesso senso citando Bartolo si pronunciò in seguito Giason

(1) FERNANDEZ DE RETES, *De interdictis et remediis possessoriiis* (*Thesaur. Meerman*, t. vii, p. 514).

(2) CINO, in l. 5, C. 8, 16; ANGELO DE UBALDI, *Cons.*, 157, Francoforte, 1575, fol. 101.

(3) Meno esattamente il BRUNS (p. 257) dice che Alberico non riconobbe la *Redintegranda*. Egli per contro (*Prima Dig. Novi*, ediz. 1534, fol. 144) l'ammette espressamente pei mobili, a differenza dell'interdetto.

(4) BUTRIG., in l. 2, C. de furtis; BART., in l. 15 De poss; BALDO, *Cons.*, iii, 307.

del Mayno (1). Nulla importava che questo terzo fosse in buona o in mala fede.

La *Redintegranda* si incontra in Alciato, il quale dice: « aliud » uberius rimedium addiderunt Pontifices (2) ». Si incontra del pari in Costanzio Rogerio (3), in Giovanni Crispi de Montibus (4), in Ripa (5), ecc., in tutti, cioè, gli autori che trattano tanto in modo speciale, come in genere della materia possessoria. Onde Bartolommeo Socino scriveva, a proposito della nostra azione, che essa era: « materia utilis et quotidiana, quæ in curiis con- » tinuo præ manibus versatur (6) ».

Per ben quattro secoli, cioè dal quattrocento al settecento, la *Redintegranda* si accompagna all'interdetto *Unde Vi*, ora in lotta e in contrapposizione col medesimo, ora fusa insieme e temperata col rimedio romano. Una *communis opinio* per rispetto alla *Redintegranda* non si ebbe mai; l'incertezza dei dati legislativi si ripercosse o continuò per sempre specialmente nella teoria.

Infatti tutti gli estremi, le caratteristiche, le condizioni della *Redintegranda*, furono a volta a volta ammesse e respinte, difese e combattute, spesso senza fondato motivo, spesso rimettendo a nuovo argomenti e ragioni abbandonate da secoli. La sola conclusione a cui si possa venire è questa: che per quanto si tormentasse indefessamente questa materia, non si giunse però assolutamente a nessun nuovo risultato. Anzi, come in ogni altro punto degli studi giuridici, più si va innanzi col tempo e più si ha motivo di rimpiangere l'acutezza e la precisione degli antichi giuristi.

(1) *Prima Dig. Novi, De pos.*, l. 15. Torino, 1592, fol. 113, n. 16, n. 19.

(2) ALCIATO, *Opere*, tom. I, p. 1441, p. 1463, *De possessione*.

(3) COSTANZIO ROGERIO, *De remediis possessorii*, (*Tractatus Univ. iuris.*, tom. III, p. II, p. 245).

(4) JO. CRISP. DE MONTIBUS, *Termini actionum*, n. 64. (*Tractatus actionum*, p. 202).

(5) RIPA, *Comm.* l. 15, *De possess.*; Torino, 1574, fol. 202.

(6) BARTHOLOMÆUS SOCINUS, *Comm.* in l. 15, *Dig. de poss.*, n. 1.

§ 2.

Gli autori, se pure qualche tendenza a un sistema generale si può rilevare in tanta capricciosa congerie di opinioni, si potrebbero distinguere per rispetto al nostro argomento a seconda che essi, fissandosi nella cerchia del diritto civile, e attenendosi più alla dottrina che non alla pratica, cercano di limitare e restringere l'applicazione, in molti punti esuberante, della *Redintegranda*; oppure a seconda che, valendosi piuttosto della nativa larghezza del canone *Redintegranda*, e mirando di preferenza all'uso e alla giurisprudenza forense, essi ne accettano tutte le antiche e nuove estensioni.

Il primo indirizzo ebbe un sapiente sostenitore nel Menochio (1). Egli, per quanto conceda il nuovo rimedio ai possessori di mala fede, non ostante che alcuni dicessero che il *iur pontificium* non avrebbe dovuto proteggere una tal specie di possessori (2), lo

(1) Intorno al MENOCHIO si è fatta un po' di questione dagli autori. Il BRUNS (p. 259-260) lo pone senz'altro tra gli avversari della nuova azione. Il DELBRÜCK osserva (p. 166) che ciò dipende dall'aver il BRUNS falsamente attribuito un passo che è al n. 20 del *Remed.* xv: *Inficias tamen non ibo ecc.* alla questione se la *Redintegranda* sia un nuovo rimedio più ampio, e non, come dovevasi alla questione se essa competeva pure ai laici. Il DELBRÜCK lo considera per contro fra i sostenitori del rimedio canonico. Il MEISCHIEDER (*Besitz und Besitzschutz*, p. 148) è ritornato all'opinione del BRUNS, pur riconoscendone lo sbaglio; e allega il fatto che il Menochio fu ritenuto sempre dagli autori posteriori come nemico del nuovo rimedio, di cui d'altra parte egli non riconosce la novità e l'ampiezza.

È certo però che egli lo pone fra i suoi *Remedia recuperandae possessionis* e ne tratta con grande diffusione. È quindi evidente che egli, pur riprobandolo, si era però dovuto piegare alle esigenze della pratica, come già il BELLAMERA, dal quale tolse al proposito molti passi. Dato quindi che la pratica omai a tutti si imponeva, ci parve più conforme al vero e più opportuno il distinguere gli autori nel modo esposto nel testo, che non l'affaticarsi per determinare se essi si debbano porre fra gli avversari o gli amici del nuovo rimedio: questione vana per più rispetti, ed anche perchè gli autori non sono sempre conseguenti a sè stessi.

(2) MENOCH., *De recup. poss. Remed.*, xv, n. 62.

nega però ai nudi detentori (1), e lo restringe ancora per riguardo alle persone contro cui poteva intentarsi.

Non seguiremo il Menochio nella lunga disquisizione che egli fa a questo proposito, distinguendo a seconda che si tratta di un terzo, successore di buona o di mala fede, singolare od universale, con titolo o senza titolo, avente causa da un autore in buona o in mala fede, con o senza titolo; diremo solo che egli non l'ammette contro il terzo successore singolare di buona fede, e contro qualunque terzo possessore di buona fede e munito di titolo, avente causa da un possessore di buona fede e munito di titolo (2). Come per l'*Unde Vi*, basta per parte dell'attore la prova del suo possesso più antico e del possesso presente dell'avversario (3), e come per l'*Unde Vi* è esclusa, salvo il caso di una prova immediata, l'*exceptio domini* (4). Sole differenze sarebbero il competere la *Redintegranda* pei mobili (5) e per le cose incorporali, differenze di poco momento, perchè lo stesso Menochio avverte che a quest'ultimo bisogno sopperiva anche l'*Unde Vi* utile (6). Il Menochio aggiunge, come del resto tutti gli autori, che la prova del possesso più antico non basta nelle cose mobili (7); e che nelle questioni beneficiarie occorre la *possessio colorata* (8).

Il secondo indirizzo trovò un minuzioso rappresentante nel Pontano, il quale, nell'opera sua *De Spolio*, trattò senza niuna restrizione e ponendosi dal punto di vista del loro presupposto comune, di tutti i rimedi possessori in vigore, e specialmente della *Redintegranda*. Egli comincia osservando che il vocabolo *Spolium* è:

« In iure latissimum, continens id omne, cuius restitutio de-
» negatur primo possessori; plures tamen habens in se sinus ac

(1) MENOCH., loc. cit., n. 50-52.

(2) Id., n. 64-94.

(3) Id., n. 383, 397.

(4) Id., n. 471.

(5) Id., n. 193.

(6) Id., n. 200.

(7) Id., n. 386; FARINACI, *Reperit.* quest. 12. Nel mobili occorre provare il possesso al tempo dello spoglio.

(8) MENOCH., n. 407.

» species invicem dissimiles, variisque temporibus editas, et
 » propriis subsidiis munitas, prout temporum eventus, et oc-
 » casio postulare videbantur (1) ».

O andiamo errati, o questa è la più chiara visione, che fino ad ora abbiamo incontrato, di tutto lo svolgimento storico della nostra materia.

Quanto alla *Redintegranda*, il Pontano la considera, conformemente alla giurisprudenza del tempo, come un rimedio distinto da tutti gli altri, mercè il quale fu provveduto:

« In singulis generibus spoli tam comprehensis, quam omissis » in aliis constitutionibus de spolio latis (2) ».

A differenza del Menochio egli dà l'azione al nudo detentore (3), e contro ogni possessore ancorchè di buona fede e titolato (4).

Per rispetto alla prova dei due estremi, cioè della detenzione e dello spoglio, afferma che non si richiede nessuna *directam spoli aut vitii probationem*, e ammette la nota presunzione, determinandola con molta esattezza e larghezza in questo modo. Avverte come differiscano le prove richieste a seconda che si tratta di spoglio di cose profane, o spirituali, od incorporee, o di cose miste. Per le cose corporali occorre provare il possesso antico dell'attore e il possesso presente del convenuto. Da ciò sorge la presunzione *medii temporis*, cioè della durata dell'antico possesso fino allo spoglio, e al tempo stesso quindi la prova *iniustae amissionis*, ove il convenuto non provi il contrario (5). Basta provare un più antico possesso anche di brevissima durata (6); poichè « *temporis... qualitas, nec in brevitae, aut diuturnitate* » regulariter impediatur agentem de spolio (7) ».

Onde di regola non dovrebbe neppure ammettersi nessuna prescrizione.

(1) PONTANUS, *De Spolio*, (*Tractatus Univ. iuris*, t. xiv, fol. 270); lib. 1, n. 1 *Præfatio*.

(2) Lib. 1, cap. xiii, n. 115.

(3) Id., n. 126.

(4) Id., n. 129.

(5) PONTANO, op. cit., lib. II, cap. xiii, n. 79, 80.

(6) Id., n. 106.

(7) Id., lib. III, cap. II, n. 83.

Gli autori posteriori si tennero, salvo qualche capricciosa eccezione, fra questi due estremi. La *Redintegranda* si incontra sotto l'aspetto omai noto nei giuristi di tutti i secoli seguenti; come, ad esempio, per limitarci all'Italia, anzitutto nella *Practica aurea* del De Ferrariis e nei *Consigli* di P. de Castro, Decio, Socino il Giovane, De Nevizanis, Purpurati, Riminaldi, Parisio, Ploto, Deciano ecc. (1), e nei *Trattati*, nei *Consigli*, nei *Commenti*, nelle *Conclusioni* del Contardi, del Gabriellii, dell'Hondedei, dell'Oinotoni, del Costa, del Thesauro, del Fachineo, del Peregrino, dell'Intriglioli, del Gratiani, del Cephali, e nei *Repertori* del Bertachino e del Farinaceo (2), e finalmente nelle *Opere* del Sabelli, del Capycio, del Mazzei, dell'Arcasio (3), ecc.

Il De Ferrariis, che ammette la *Redintegranda* in tutta la sua ampiezza, trovando però che essa farebbe parere la disposizione del c. 18 *valde levis et trifactoria*, sospetta che veramente si debba restringere agli ecclesiastici (4). Ma i più si dichiarano

(1) PETRI DE FERRARIIS, *Aurea practica*, Lugduni, 1579; *Forma libelli in causa spol. poss.*, p. 393, n. 7; P. DE CASTRO, *Cons.*, III, 29; DECIO, 57, 252, 302, 449; SOCIN. JUN., III, 34; DE NEVIZANIS, *Cons.*, Venez., 1573, c. 78; PURPURATI, *Cons.*, Venez., 1579, 374, fol. 364; RIMALDI, *Cons.*, Lugdun., 1609, lib. VI, c. 646, pag. 176; PARISII, *Cons.*, Venez., 1593, vol. IV, con. 31, fol. 44 ecc.; PLOTI, *Cons.*, 1576, con. 29, p. 160; DECIANI, *Respons.*, Venez., 1602, t. IV, Resp. 3, p. 23, ecc.

(2) CONTARDI, *Comm. in l. unicam si de momen. poss. fuerit appel. sive in Egidianam*, Venez., 1574, Limitatio quarta, *Ratione canonis Reintegranda*, fol. 142; GABRIELII, *Conclusiones, De rest. spol.*, 1570, fol. 393; HONDEDEI, *Cons.*, Venez., 1604, Cons. 17, vol. I, fol. 97; OINOTONI, *Comm. alle Istit.*, Venez., 1606, IV, XV, n. 7, p. 686; COSTA, *Tractatus de remediis subsidiariis*, Torino, 1608, fol. 149, Remed. 49; THESAURUS, *Quæst. forenses*, tom. II, lib. III, quest. I; FACHINEUS, *Cons.*, Francoforte, 1610, lib. III, con. 97, fol. 54; PEREGRINUS, *Tract.*, I, Venez., 1611. *Ordin. et Deleg. iurid.*, fol. 22, n. 18; INTRIGLIOLI, *Cons.*, Panormi, 1622, Cons. I, fol. 12, n. 86; GRATIANI, *Discept. forens. iudic.*, tomo III, cap. 477, n. 22, p. 189, *Coloniæ Allobrogum*, 1622; CEPHALI, *Cons.*, Francof., 1624, c. 110, lib. I; BERTACHINUS, *Repertorium*, Venez., 1590, Remed. c. reint., FARINACEUS, *Repertorium iudiciale*, Lugduni, 1639, quest. 22, fol. 70, ecc.

(3) SABELLI, *Summa diversorum tractatum*, Parma, 1727, tom. IV, fol. 14; CAPYCI, *Consult. iuris select.*, *Coloniæ Allob.*, 1728, vol. II, Cons. 88, fol. 119; ARCAII, *Jus. civil.*, Torino 1784, t. 7, fol. 197; MAZZEI, *De legitimo actionis spolii usu commentarius*, Roma, 1773.

(4) DE FERRARIIS, *Practica aurea*, p. 393, n. 8.

contrari a tale restrizione (1). Non pochi negano la *Redintegrandia* al possessore di mala fede, ammettendo così l'*exceptio vilii* implicitamente (2). I più l'accordano anche al nudo detentore, e il Contardi scrive: « id fit quia non tantum loquitur de spoliatis, » sed etiam de eiectionis, quasi quod hoc ultimum verbum adaptetur etiam ad mandatarium, depositarium et pari ratione ad conductorem ». Anzi aggiunge che da alcuni per influenza di tale disposizione si arrivò fino a dare al detentore anche l'*Unde Vi*. La cui retta intelligenza fu anche in questo punto perturbata dalla *Redintegrandia* (3).

Molti del pari la concedono senza restrizione contro qualunque terzo possessore tanto singolare che universale, di buona fede, e titolato (4). Ma altri combattono questa concessione considerandola non atta a difendere il possesso, ma piuttosto a inquietare perpetuamente *omnes iustos possessores* (5).

Su questo punto anzi i Legisti si posero in aperta opposizione coi Canonisti. Mentre questi ritenevano generalmente che l'azione competesse contro ogni terzo possessore; quelli facevano a tale regola delle importanti restrizioni, allorchè si trattava di un terzo possessore non avente causa dallo spogliatore, o di un terzo possessore di buona fede e titolato. Le due tendenze si intitolarono rispettivamente da Innocenzo IV e da Bartolo; dei quali il primo è citato come il sostenitore dell'opinione canonica, e il secondo come il campione della interpretazione restrittiva, in quasi tutti i lavori che si occupano della questione (6).

(1) GABRIELII, *Concl.*, fol. 1407; PURPURATI, *Cons.*, 374, fol. 364, n. 15; GIASON DEL MAYNO, *Comm.*, l. xv, *De pos.*, Torino, 1592, fol. 113, n. 20; SABELLI, *Summa*, iv, fol. 14; DECIANI, *Respons.*, iv, 3, n. 109, p. 23, ecc.

(2) PARSII, *Consil.*, t. 67, vol. 1; GABRIELII, *Concl.*, fol. 1407.

(3) CONTARDI, *Comm. in l. unic. C. si de moment.*, Limit. 21, fol. 230, n. 11; RIMINALDI, *Cons.*, 646, iv, fol. 177; GABRIELII, *Concl.*, fol. 1407, n. 7, ecc. In senso contrario: CEPHALI, *Cons.*, i, 140.

(4) HONDEDEI, *Cons. I*, 17, fol. 97; FACHINRI, *III*, 37, fol. 54; DE NEVIZANIS, *Cons.* 78.

(5) GIOV. BATT. COSTA, *Tract. de Remed. subsid.*, Rem. 49, fol. 149.

(6) DE FERRARIUS, loc. cit.; BART. SOGINUS, loc. cit., n. 12; MENOCHIVS, loc. cit., n. 80, ecc.

Oggetto di dubbio era pure il sapere se contro la *Redintegranda* si dovesse o non ammettere appello. Dal Contardi appare come le opinioni principali fossero tre:

a) Alcuni l'ammettevano senz'altro;

b) Altri, fra cui sarebbe Baldo, distinguevano: « Aut appellatur super condictione casu reint., quando succedit loco in » terdicti », e allora pensavano: « denegandam esse appellatio » nem »; oppure « succedit loco actionis quod metus causa, vel » de dolo; et tunc admittenda est appellatio ».

Osserva però il Contardi che tale distinzione suppone che si segua l'opinione di chi crede che « alia beneficia in iure sparsa » canon ille coniungat »;

c) Altri infine, fra cui il Contardi, negherebbero l'appello a chi è vinto nel giudizio della *Redintegranda*, sebbene niuna disposizione ecclesiastica lo vieti, bastando a ciò la proibizione di ammettere l'appello nelle questioni possessorie, sancita dalle leggi civili (1).

La questione dell'appello non è essenziale in materia di reintegrazione, avendo tratto più che alla sostanza, semplicemente alla economia dei giudizi.

La dottrina civile di tutto questo lungo periodo ammise la possibilità di uno spoglio in tutti quei diritti, in cui già l'aveva ammessa la dottrina ecclesiastica. Cioè nei diritti di giurisdizione, di dottorato, di imporre gabelle, taglie, tributi, nei diritti a censi e ad altre prestazioni e servizi, ecc. (2). L'ammise in altri diritti di famiglia oltre a quelli matrimoniali, ed anche nelle obbligazioni puramente personali, non ostante vive opposizioni per parte di alcuni autori (3).

A proposito di queste è notevole una restrizione, messa innanzi da Bartolo, e che ebbe fautori anche in seguito, secondo la quale si ammise la possibilità di uno spoglio, e quindi di un quasi possesso, solo in quelle obbligazioni personali, che danno

(1) CONTARDI, op. cit. Limit. quarta, fol. 142.

(2) BRUNS, S. 34.

(3) BRUNS, loc. cit., p. 274.

un diritto alla persona stessa dell'obbligato, sia esso un vassallo, un colono, un suddito, ecc. (1).

Qualche autore ammetteva il possesso anche nelle obbligazioni che importavano un atto solo, finchè questo non era stato compiuto; cioè vedeva un possesso nel diritto di domandarne l'esecuzione. Così il Martini (2) diceva che il venditore di un censo era in possesso del diritto di francarsene (3).

Per rispetto alle obbligazioni si ritenne generalmente, almeno fino al XVI secolo, che il rifiuto di pagamento costituisse uno spoglio. In seguito acquistò credito anche l'opinione che in tal caso il creditore potesse scegliere tra i rimedi *retinendæ* e quelli *recuperandæ possessionis*; perchè si riteneva che non ostante lo spoglio ei conservasse il possesso civile; cosicchè il Postio scriveva (4):

« Si denegatur solutio, potest possessor animo retinere civilem possessionem et petere, ut manuteneatur in quasi sessione sua; — est tamen in facultate eius, cui est denegata solutio, habere se pro spoliato, et intentare remedium recuperandæ possessionis ».

Il qual rimedio era o l'interdetto *Unde Vi* utile, o alcuna delle condizioni stesse immaginate dai Canonisti, ma più sovente la generale azione *Redintegranda*.

A proposito della quale il Menochio osserva:

« Si pro quasi possessione rei incorporalis conceditur saltem utile interdictum *Unde Vi*..., quanto fortius hoc nostrum (*Redintegranda*), quod dicitur illo pinguius... (5) ».

E il Pontano più recisamente ancora dispone che la *Redintegranda* competa:

(1) BARTOLO, I. 1. Dig. 43, 2, 2: « Si aliquis debet mihi dare aliquid annuum, propter quod habeo aliquid ius in eius persona, quia est meus vasallus, vel ascriptitius, ita quod habeo aliquod ius reale in eius persona: tunc possum agere interdicto etiam possessorio ».

(2) MARTINI, *De iure censuum*, c. 8, n. 118.

(3) DUNKER, *Quasibesitz*, p. 30; da Pertile, IV, p. 176.

(4) POSTIUS, *De Manuteneendo*, Obs. 57-58.

(5) МЕНОЧ., op. cit., Remed. xv, n. 200.

« Cui fuerit denegata solita præstatio iuris incorporei, ex quo diceretur quasi possessione spoliatus (1) ».

Lo stesso si dica degli autori appartenenti ai secoli posteriori (2).

L'opinione dei Canonisti intorno alla *possessio colorata*, come a requisito necessario allorchè si tratta di benefici, è mantenuta nella sua integrità (3). Tutt'al più si disputa circa le pensioni, poichè alcuni, come il Sabelli (4), le assimilano ai benefici, altri invece, come il Pontano (5), credono che per esse non occorra colorare il possesso (6).

Ci resta a toccare di alcune singolarità che si incontrano nella dottrina di tutto questo tempo. Non altrimenti che come una singolarità infatti merita di essere ricordata l'opinione del Costa, il quale concederebbe la *Redintegranda* « in subsidium contra consulentes deiectionem vel spoliationem », nel caso che lo spogliatore sia insolubile (7). E fino a un certo punto possono parere singolarità, prese separatamente, le seguenti osservazioni ed opinioni. Cioè quella di alcuni giuristi, i quali, come ci riferisce il Bellamera (8), pretendevano che nella *Redintegranda*,

(1) PONT., op. cit., cap. XIII, lib. I, n. 119.

(2) SABELLI, *Summa div. tract.*, IV, fol. 14.

(3) MENOCH., *De remed. ret. poss.*, III, n. 731; *De recup. poss.*, XV, n. 407.

(4) SABELLI, loc. cit.

(5) PONTANO, op. cit., lib. I, cap. XV, n. 137.

(6) PENSIO ha nel sistema del d. canonico un significato al tutto speciale per rispetto alla dottrina dei benefici. Una prebenda o un beneficio potevano essere gravati dall'obbligo di prestare ad un ecclesiastico o a un laico una pensione vitilizia. Ciò si fece dapprima per soccorrere i vescovi destituiti e gli ecclesiastici poveri. Nel Medio Evo se ne fece tale un abuso che il Concilio Tridentino (S. XXIV, c. 13 *de ref.*) fu costretto a porvi un limite. Vedi WALTER, *Manuale*, tom. II, § 259, p. 108; PHILLIPS, *Lehrbuch*, 1881, § 214, p. 493; SCHULTE, *Lehrbuch*, § 214, p. 482; FRIEDBERG, *Lehrbuch*, § 179, p. 418; RICHTER, (*Dove-Kahl*) *Lehrbuch*, 1886, § 314, p. 1324.

A ragione secondo noi il Pontano non estende il requisito proprio dei benefici alle pensioni, poichè queste, per quanto annesse ai benefici, non presuppongono però come essi la istituzione canonica.

(7) GIO. BATT. COSTA, loc. cit.

(8) BELLAMERA, *Sac. Dec. Can.*; Concl. 17, p. 7, Venez., 1599.

a differenza dell'*Unde Vi*, l'attore dovesse provare sempre più che non il semplice possesso, cioè colorarlo col titolo, perchè chi vuol vincere *oportet aliquid plus habere* che non il solo possesso, che è nelle mani anche del convenuto, *cum ius agendi fortius esse oporteat quam ius excipiendi*; e l'opinione molto simile di altri, i quali, come afferma il Riminaldi, pretendevano che l'attore dovesse *in libello allegare dominium* sotto pena di nullità; contro la quale però il Riminaldi obietta che per quanto si alleghi il dominio, tuttavia nel giudizio si tien conto solo del possesso (1). Singolare anche in sè considerata è l'espressione di vari autori, fra cui l'Hondedei, il quale invertendo il noto brocardo di Ulpiano intorno agli interdetti afferma che il *Remedium c. Redint.* « licet sit personale est tamen in rem scriptum, et actiones in rem scriptæ activæ et passivæ etiam in » singularem successorem transeunt (2) ». Espressione che in certo modo trova il suo compimento in queste importanti parole del Puteo:

« Fateor, quod ab initio ista actio spoli ratione possessionis » datur, et ratione illius possessionis causatur quædam actio » personalis, quæ ipsi spoliato datur, sed etiam causatur quædam actio in rem scripta, quæ ratione dominii nititur, et » cum dominio ambulat (3) ».

Ma, riunendo queste disperse osservazioni, è facile raccogliere come esse corrispondano ad un sentimento latente ma non interrotto della esorbitanza del nuovo rimedio; ad un sentimento che già appare nello Zabarella, come dimostrammo a suo luogo (4) e che doveva finire nelle accanite controversie odierne sulla prevalenza dell'elemento petorio o dell'elemento possessorio nell'azione del diritto canonico. Avremo quindi modo di ritornare su questo punto quando accenneremo a quelle controversie.

(1) RIMALDI, *Cons.* IV, 646, fol. 176.

(2) HONDEDEI, *Cons.* I, 17, fol. 97, n. 82.

(3) PUTEI, *Dec.*, lib. II, dec. 176, fol. 195, Venez., 1605.

(4) Vedi parte IV, cap. V, § 1.

CAPO III

La Giurisprudenza.

§ 1.

Più volte nel corso di questo lavoro abbiamo avuto modo di porre in chiaro l'importanza che le consuetudini forensi ebbero per rispetto al nostro argomento. L'*actio spolii* deve ad esse la sua larga diffusione, e deve ad esse pure se potè mantenersi salda dapprima contro il ripudio della somma potestà legislativa della chiesa, e in seguito contro gli attacchi non interrotti mai della teoria, che si atteneva troppo strettamente o alla autorità dei pontefici, o al disposto delle fonti romane. Una importanza al tutto speciale poi in questa materia ha avuto lo *stylus Rotæ*, cioè la giurisprudenza della Sacra Rota Romana, supremo tribunale della curia Romana; le cui decisioni nei casi di spoglio acquistarono gran valore di cosa giudicata in tutta Italia e fuori: Può stupire che una istituzione emanante dalla santa sede ed a lei immediatamente soggetta riconoscesse l'azione ripudiata dalla legislazione papale; ma bisogna considerare che l'ostilità dei pontefici non si manifestò oltre Gregorio IX, il quale accolse le note disposizioni di Innocenzo III, o almeno oltre Innocenzo IV; mentre le più antiche decisioni della Rota in materia di spoglio sono di quasi un secolo posteriori, ed appartengono ad un tempo, in cui anche i pontefici si eran già piegati all'uso della pratica giudiziaria. Del resto questa apparente contraddizione è chiarita molto bene dal passo già ricordato (1) del Bellamera, il quale, pur facendosi critico severo della interpretazione data dai pratici al *c. redint.*, riconosce però che omai non si poteva più non accogliere la nuova azione. E il Bellamera fu appunto uditore di Rota sotto Gregorio XI (2).

(1) Vedi parte IV, cap. V, § 2.

(2) SCHULTE, *Gesch.*, vol. II, p. 274.

In tutte le numerose raccolte delle decisioni della S. Rota Romana (1) abbonda la materia riguardante lo spoglio.

Già fin da principio la Rota non richiese che la semplice detenzione (2), ed accolse quel largo concetto dello spoglio, che vedemmo esser stato espresso dal Pontano. Sebbene questi siano i due presupposti dell'azione di spoglio, tuttavia la Rota, attenendosi piuttosto all'esteriorità della procedura probatoria, in cui era ammessa la nota presunzione, stabilisce che due sono gli estremi da provarsi: *extremum primum*, cioè la *possessio antiquior* dell'attore; *extremum secundum*, cioè la *possessio iunior* del convenuto (3). E questa terminologia passò a tutti gli altri tribunali. L'*actio spoli* è *in rem scriptam* e compete *successori et contra successorem* (4). Compete pei mobili (5). E lo stesso si dica di tutti gli altri punti e delle altre questioni di cui già trattammo; quali sono il non ammettere eccezioni petitorie (6), il darsi al possessore di mala fede, contro ogni terzo possessore, ecc. (7).

La giurisprudenza della Rota ha una speciale importanza per ciò che riguarda la prescrizione. Da principio essa aveva ritenuta l'azione come affatto imprescrittibile, cioè come perpetua in senso assoluto, e non solo nel senso della terminologia civile, ove perpetue sono dette le azioni che si prescrivono solo in trenta anni o in quaranta; onde si diceva che l'azione compete anche mille anni dopo lo spoglio (8). E tanta era la fermezza della

(1) SCHULTE, op. cit., vol. II, § 14, e vol. III, § 9.

(2) *Antiquæ decis. Rotæ*, n. 56, *De rest. spol.*

(3) *Dec. S. Rotæ Rom.* (MANTICA), Dec. 181, n. 2, p. 262, *Coloniæ Allob.*, 1620; *Dec. S. Rotæ Rom.* (RUBEO), tom. III, pars IV, dec. 163, fol. 313, Roma, 1642; PACIONI, *Allegationes cir. et can. della Rota Romana*, Lugduni, 1700, fol. 217.

(4) *Dec. S. Rotæ* (PEYNA), tom. I, dec. 1805; *S. R. Dec. recent. in compend.*, vol. I, doc. 127 e 476; *Dec. Rotæ* (CRESCENZIO), *De rest. spol.*, dec. III, p. 74, Roma, 1417; *Dec. Rot.* (FABINACCI), Lugduni, 1640, pars II, p. 459, dec. 476, n. 2.

(5) *Dec. R. R.* (BURATTO), Roma, 1637, dec. 271.

(6) BELLAMBRA, *Sacrosantæ Dec. can.*, con. 36, p. 12.

(7) CASSADORI, *Sar. dec. De rest. spol.*, dec. VII; PUTEI, *Decisiones*, lib. II, dec. 176, fol. 195, Venez., 1605; *Dec. Novissimarum*, dec. 915, p. 370, Lugduni, 1603.

(8) PUTO, *Dec.*, lib. I, dec. 15, fol. 44, Venez., 1505; CASSAD, *De rest. spol.*, dec. VI.

Rota in tale sua decisione, che il Contardi scriveva a proposito di essa:

« Quam opinionem te sequi; velis nolis; necesse est; facilius » enim clavam de manu Herculis extorseris, quam hanc tam » persuasam ac receptam tanto tempore opinionem delicere possis » in hac curia (1) ».

Pare però che contro questa dottrina esorbitante si facesse per parte non solo della scienza, ma degli stessi pratici una vigorosa reazione, poichè lo stesso autore scrive:

« Audiui... nonnullos magni nominis advocatos frustra tentasse » revangare dictas decisiones... (2) ».

E gli argomenti addotti da questi riguardano non solo l'opportunità, ma la lettera stessa delle fonti. Infatti essi sostenevano:

« Advertendum est, quod in text. c. *reint.* ne verbum quidem » legitur de præscriptione, et illa verba *conditione temporis* (si » rectius introspectiatur) non important præscriptionem, sed tem- » poris qualitatem. Verbum enim conditio aliquando importat » qualitatem (3) ».

Questa corrente di disapprovazione, che andava ogni giorno ingrossando, finì per influire sulla Rota, la quale mutò su questo punto la sua giurisprudenza.

Già sotto il pontificato di Gregorio XIII, negli statuti emanati per la città di Roma al titolo *De præscriptione spoli* si stabilì che:

« Actio spoli ultra annos triginta non detur, nisi de spolio » cum violentia doceatur (4) ».

Che veramente sia stato la tesi degli avvocati, ricordati dal Contardi quella che indusse il cambiamento, apparirebbe dalla Glossa, che alla disposizione degli statuti aggiunse il Galzanetti, ove è detto che le parole « *conditione temporis* referuntur potius » ad qualitatem amissionis, quam ad quantitatem temporis ».

(1) CONTARDI, *Commentarii in l. unic. Cod. si de mom. poss. fuerit appell.*, Limit. second., § 4, fol. 103, Venezia, 1574.

(2) CONTARDI, loc. cit.

(3) CONTARDI, loc. cit.; VEDI MENOCH., op. cit., xv, n. 418; MONDEDEI, *Cons.*, Venez., 1604, cons. 82, fol. 509, n. 48, n. 50; egli si dichiara contro l'opinione del Contardi.

(4) *Stat. almæ Urbis Romæ*, cap. 16^a, Roma, 1530, p. 69.

Secondo il Costa soltanto sotto Clemente VIII, cioè circa il 1605, si sarebbe stabilito che l'azione si prescrivesse in quarant'anni *ex novissime canonizata sententia* (1). Probabilmente quest'ultima riforma tratta anche del caso di spoglio con violenza, che nello statuto era stato eccettuato.

Ad ogni modo è certo che nelle decisioni della Rota dal principio del seicento in poi l'azione di spoglio fu considerata come prescrivibile in trenta o in quarant'anni (2).

Della *Redintegranda* o dell'*Actio spolii* si trovano tracce nelle decisioni di tutti gli altri tribunali superiori delle varie città e dei vari Stati d'Italia. Anche nella Rota bolognese era invalso l'uso di considerare tale azione come non prescrivibile neppure in mille anni, *cum sit remedium sempiternum* (3). La nota presunzione per rispetto alla *Redintegranda* è sancita dalle decisioni Pisane (4), dalle Fiorentine (5), ecc. Che del resto la nostra azione fosse in uso anche nell'alta e nella bassa Italia, è provato oltre che dalle succitate, dalle decisioni Perusine (6), Lucchesi (7), della provincia delle Marche (8), dalle decisioni contenute nelle numerose raccolte e nei trattati di giurisprudenza pratica riguardanti il regno di Napoli (9) e la Sicilia (10),

(1) GIO. BATT. COSTA, *Tract. de Remed. subsid.*, remed. 49, fol. 149, Ticin., 1613.

(2) *Dec. R.*, (FARINACEI), dec. 763, pays sec. fol. 422, Lugduni, 1640; *Dec. R.*, (RUBEO), dec. 275, tom. I, fol. 515.

(3) *Dec. Rot. Bon.*, (BARZIO), Venez., 1603, dec. 48, fol. 131; *Dec. Rot. Bon.*, (BENINTENDI), 33.

(4) *Dec. Pisan.*, (RAUDENSE), Milano, 1601, n. 103, fol. 26.

(5) *Dec. Flor.*, (OMBROSI), Firenze, 1783, t. II, dec. 83, n. 25.

(6) *Dec. Perus.*, (AB. ASFISIO), 1-59, n. 7.

(7) *Dec. Luccens.*, (CORNAZZINI), 69, n. 9; 90, n. 6; 192, n. 2.

(8) *Dec. R. prov. Marchiae*, (DE AMATES), Venez., 1601, dec. 40-61.

(9) *Dec. Sacri regii Cons. Neap.*, (DE-AFFLIOTIS), Venez., 1612, dec. 361, n. 3, 327; DE THORO, *Aureum Compendium omnium fere dec. Regn. Neap.*, Napoli, 1615, p. 428; ROVITO, *Consil. seu. iuris respons.*, tom. I, Nap., 1669, consil. 90, pag. 89; STABIANUS (junior), *Obs. aureæ Resolut. for.*, Napoli, 1665, obs. XIV, t. I, fol. 84; NOVARI, *Noviss. dec. cir. crim. et canon. Neap.*, Nap., 1637, dec. 88, p. 194; GIZZARELLI, *Aureæ Dec. Sac. Reg. Cons. Neap.*, Nap. 1622, dec. 53, fol. 235; MELE, *Addiz. all'opera succitata*, Nap. 1622, fol. 165.

(10) GIURBA, *Tribunalium Siciliae Decisæ Observat.*, Messanae, 1646, obs. 63, n. 7; ob. 13, n. 13; CUMIA, *Comm. in ritus cur. Sicil.*, c. 38, n. 342, c. 40, n. 8.

e dalle decisioni dei Senati di Mantova (1), e di Torino (2). Tutte le regole della nostra azione vi sono discusse ed applicate secondo le varie risoluzioni della dottrina. Rimarchevole è questo passo del De Franchis riguardante la difesa del possesso dei diritti: « communem esse opinionem pro iuribus incorporalibus, » et annuis præstationibus, etiam personalibus, dari remedia » possessoria (3) ». Notevole è pure che in Piemonte era ammessa l'eccezione della prescrizione dopo dieci anni per parte del terzo possessore di buona fede e titolato.

§ 2.

Non è senza importanza una novità introdottasi per rispetto alla terminologia del nostro istituto in quest'ultimo periodo del suo svolgimento. Accanto alle antiche espressioni: *Condictio ex c. Redintegranda*, *Remedium ex c. Redint* o *Redintegranda*, o semplicemente *Redintegranda* (anche *Reintegranda*); accanto infine alla espressione già più larga e comprensiva di *Remedium spoli*, appare la nuova denominazione di *Actio spoli*, la quale divenne ben presto e rimase in seguito la più usata e importante caratteristica del nuovo rimedio possessorio.

Il Bruns (il quale non si occupa del periodo del diritto italiano posteriore alla sua recezione nei paesi Germanici) avrebbe dimostrato, per rispetto al diritto ch'ebbe vigore in Germania, come l'applicazione del nome *Actio spoli* ad indicare il nuovo rimedio possessorio canonico sia dovuta all'opera del Bötticher (4) dell'anno 1676.

La teoria anteriore non avrebbe ancora conosciuta un' *Actio spoli* come una speciale azione distinta, ma avrebbe usato questo

(1) HODIerna, *Addit. ad Decisiones Mantuani Senatus* edit. da Pietro Surdi, Venez., 1643, dec. 44, n. 5, p. 107.

(2) *Decis. Sac. Senatus Pedemontani*, (CACHERANO), dec. 93, fol. 106, Torino, 1608; *Novæ Decis. S. Sen. Pedem.*, (THESAURUS), dec. xxix, fol. 33; dec. 50, fol. 50, Torino, 1626; TEPATI, *Compend. variarum sententiarum*, tit. 188, fol. 362, Torino, 1620; CODEX FABRIANUS, lib. viii, tit. iii, Lugduni, 1681, p. 881.

(3) DE FRANCHIS, *Decis. Sac. regi Cons. Neapol.*, Torino, 1628, t. 1, dec. 90, n. 4, fol. 98.

(4) BÖTTICHER, *D. de actione spoli*, § 10.

nome solo in genere per indicare ogni azione contro lo spoglio.

In Germania era stata messa innanzi, per opera specialmente dello Ziegler, l'idea di restringere il *c. Redintegranda* agli effetti dell'*exceptio spolii*, poichè il testo dello Pseudo Isidoro non consentiva una maggior ampiezza.

Il Bötticher, osservando che l'azione canonica, per quanto prendesse le mosse da quel canone, aveva però il suo reale fondamento in un gran numero di passi delle fonti canoniche, pensò, per metterla al sicuro dagli attacchi che la critica, interpretando restrittivamente il canone, le potesse ancor fare, di attribuirle in senso stretto il nome di *Actio spolii* (3).

Prescindendo per ora da ogni apprezzamento, notiamo solo che il Bruns ammette che anche prima del Bötticher fosse in uso il nome di *Actio spolii*.

Il Delbrück per contro dice senz'altro che il lavoro del Bötticher è degno di nota, poichè d'allora in poi entrò in uso il nome *Actio spolii*, mentre gli italiani dicevano *Remedium o Condictio ex c. Redint.* (4).

Il Windscheid scrive che l'azione fondata sul *c. Redint.* (*cond. ex c. Redint.*) passò con la teoria italiana in Germania, e qui fin dalla fine del XVII secolo prese il nome di *Actio spolii* (5).

Altri ancora come il Dernburg, li Wäcter, il Randa, il Meischneider (6), ecc., pongono l'origine del nuovo nome in Germania e sul finire del secolo XVII.

Ora ciò non è punto esatto. Quasi un secolo e mezzo prima che apparisse l'opera del Bötticher era in uso nella pratica italiana il nome *Actio spolii*, per indicare non già qualsiasi rimedio contro lo spoglio, ma unicamente l'azione fondata sul canone *Redintegranda*. Il Bruns, che forse nelle sue ricerche sulle decisioni delle Rote si imbattè nella nuova denominazione, non disse ch'essa era ignota prima del 1676, ma che aveva un

(1) BRUNS, *Das Recht ecc.*, p. 391, 392.

(2) DELBRÜCK, *Die dingliche Klage*, p. 170.

(3) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, § 162, not. 1, p. 502.

(4) DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, § 189, p. 430; WÄCTER, *Pandekten*, vol. II, § 124, Beilage, c. II, p. 94, Leipzig, 1881; RANDA, *Der Besitz*, p. 144, not. 43; MEISCHNEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, p. 168.

altro significato affatto generico. Il che però non è, come dicemmo e come dimostreremo, neppure perfettamente vero per rispetto alla giurisprudenza italiana.

Il nome *Actio spolii* si incontra già in alcune decisioni della Rota Romana della prima metà del secolo XVI (1), e in molte altre decisioni di tutto quel secolo (2). Si incontra inoltre in seguito nelle decisioni degli altri tribunali italiani specialmente del mezzogiorno (3). Essa ebbe una sanzione legislativa negli Statuti della città di Roma emanati sotto Gregorio XIII, ove è detto:

« *Actio spolii* ultra annos triginta non detur ecc. (4) ».

In tutte le decisioni citate, il nome di *Actio spolii* è usato alternativamente con quello di *Cond. ex c. Redint.*, e unicamente per indicare il nuovo rimedio canonico. Anzi in nessuna decisione ci è occorso di trovare la nuova denominazione per significare in genere ogni rimedio contro lo spoglio. Del resto il Puteo in capo ad una decisione del 1544 scrive:

« *Actio spolii*, puta remedium can. reint. III, q. I, ecc. (5) ».

Il determinare le cause di questa innovazione riesce a noi assai più malagevole, poichè si tratta qui di novità introdotta dalla pratica, la quale non manifesta i moventi delle sue trasformazioni. Alcuni dati però ed alcune speciali considerazioni ci inducono a credere che le ragioni, le quali determinarono questa trasformazione in Italia, siano molto affini a quelle, a cui si informò di poi il Bötticher. Non è certo senza importanza il fatto, che il nuovo nome appaia dapprima e sia usato di poi per uno spazio d'anni abbastanza considerevole, esclusivamente

(1) PUTEI, *Decisiones*, lib. II, dec. 176, (1544), fol. 195; dec. 278, fol. 224, Venezia, 1605. Vedi inoltre *Dec. novissimarum*, dec. 915 (1545), p. 370, Lugduni, 1603.

(2) FARINACCI, *Dec. Rot.*, tom. I, (1542), Lugduni, 1640; PEYNA, *Dec. Rot.*, tom. I, dec. 771, (1599), n. 1, dec. 1805 (1607); RUBEO, *Dec. Rot.*, tom. I, dec. 188 (1640), n. 3, e tom. II, dec. 127, n. 4, tom. III, dec. 163 ecc.; BURATTO, *Dec. Rot.*, dec. 271 (1617); CRESCENZIO, *Dec. Rot.*, dec. III ecc.

(3) NOVARII, *Noviss. decis. Regni Neapol.*, dec. 158, n. 4, 1638; GRATIANI, *Discept. Forens.*, tom. IV, cap. 739, n. 25; tom. V, cap. 974, n. 1 ecc., Coloniae Allobrogum, 1522.

(4) *Statuta almæ Urbis Romæ*, cap. 160, p. 69, Roma, 1580.

(5) PUTEI, *Decisiones*, lib. II, dec. 176, fol. 195.

nelle decisioni della Rota Romana e nei libri e documenti giuridici compilati sotto la sua influenza. Ora l'opinione dei giuristi della Curia romana per rispetto al rimedio fondato sul canone *Redint.* traspare chiarissimamente nelle parole più volte ricordate di un antico uditore di Rota, del Bellamera (1). Lo si considerava come un arbitrario portato della pratica, frutto della mala interpretazione del canone Ps. isidoriano, ma se ne ammetteva al tempo stesso l'utilità e se ne riconosceva l'uso. Questo modo di sentire fu evidentemente quello che spinse i giuristi pontifici ad elaborare di preferenza la sola nozione, che in realtà proveniva dal canone primitivo e dalla genuina teoria ecclesiastica, cioè la nozione dello spoglio; tant'è vero che il Pontano, anch'egli addetto alla Rota Romana, nell'accingersi a fare una trattazione della materia riguardante la ricupera-zione del possesso, la intitolò dallo *spolium*, di cui diede la più perfetta nozione che si incontri nei libri di diritto e nelle fonti.

Fu adunque, secondo il nostro avviso, per effetto di questa tendenza già da tempo manifestatasi nella giurisprudenza della Rota, e quindi con lo scopo di conciliare la pura teoria ecclesiastica coi bisogni non più rifiutabili della pratica che gli uditori di Rota, messo in disparte l'antico, puramente formale e pericoloso fondamento, cioè il can. *Redintegranda*, diedero alla nuova azione la sua vera base, cioè la nozione dello spoglio, e, a simiglianza degli antichi giuristi che su di essa avevano di già fondata una *Exceptio spolii*, la chiamarono *Actio spolii*.

(1) Vedi Parte iv, cap. v, § 2.

CAPO IV

L'Actio spolii e l'Unde Vi.

§ 1.

L'Actio spolii si mostra più ampia che non l'Unde Vi in tutti i suoi elementi e in tutti i suoi estremi.

Invero la *communis opinio* per rispetto ad essa si può, non ostante il lungo fluttuare della teoria e della pratica, fissare su questi punti essenziali:

1° Fondamento dell'azione può essere non solo la *res*, ma qualunque *iniusta causa amissionis*;

2° Compete, a differenza dell'interdetto *Unde Vi*, anche al detentore;

3° Compete, a differenza dell'interdetto, contro ogni terzo possessore; e cioè *in rem scriptam*;

4° Oggetto dell'azione non sono soltanto le cose immobili, come nell'Unde Vi, ma anche i mobili ed ogni specie di diritti, non esclusi quelli di obbligazione personale, purchè (almeno secondo i più) ammettano esercizio ripetuto;

5° Per rispetto alle eccezioni, che possono arrestare l'esercizio dell'Actio spolii, osserviamo: a) che essa non è, come l'Unde Vi, circoscritta all'anno, ma si prescrive solamente in trenta oppure in quarant'anni; b) che a simiglianza dell'Unde Vi non ammette l'*exceptio vitii*; c) che per rispetto all'*exceptio domini*, la maggioranza dei canonisti l'esclude senz'altro, mentre la maggioranza dei legisti l'ammette in alcuni casi speciali.

Accanto alle precedenti, che si riferiscono al contenuto dell'azione, debbono porsi quest'altre particolarità che hanno tratto alla procedura:

1° Non occorre provare, come era richiesto per l'Unde Vi, la detenzione al tempo dello spoglio, e lo spoglio medesimo; ma

basta provare di aver posseduta la cosa prima dell'attuale possessore, dal che sorge la presunzione della continuazione del possesso antico, e quindi della viziosità del presente;

2° L'*actio spoli*, a differenza dell'interdetto, può secondo alcuni dar luogo ad un giudizio di appello.

§ 2.

Pochi istituti forse hanno, come l'*actio spoli*, suscitato intorno a sè fin dalla origine un più appassionato contrasto, non dico di approvazione o di disapprovazione, ma addirittura di simpatia e di antipatia. E ciò evidentemente è dovuto anzitutto alla grande importanza pratica, che le viene dal presentarsi essa come prima e più importante tutela di ogni rapporto giuridico; è dovuto al fatto che la sua maggiore o minore estensione nelle varie epoche dipende da un gran numero di elementi non solo giuridici ma anche di natura sociale ed economica, i quali han tratto direttamente all'ordine pubblico; ed è dovuto ancora a questo, che in pochi altri istituti è più che nell'*actio spoli* difficile lo sceverare il vantaggio dallo svantaggio, è più difficile cioè l'ottenere che la tutela delle ragioni di un individuo non riesca a detrimento delle ragioni degli altri.

Ci pare però che in tutto il dibattito, che si fece fino a questi ultimi anni, non si sia tenuta abbastanza distinta la questione storica dalla questione sistematica o dommatica, come oggi si usa dire. Di un istituto, ch'ebbe la sua origine, il suo intiero sviluppo, e toccò il massimo della sua ampiezza nell'Età di Mezzo, non si giudica coi criteri romani o coi criteri odierni. Esso innegabilmente esorbita dalle viste dei giuristi romani ed esorbita pure dai limiti di ogni moderna tutela possessoria. Lo stesso Bruns ha riconosciuto che l'*actio spoli*, nella estensione segnata sopra, assume il carattere di una rivendicazione della cosa, in base al semplice possesso, anzi alla semplice detenzione (1). Ma da ciò non consegue che si possa senz'altro con-

(1) BRUNS, *Die Besitzklagen*, § 20, p. 214.

siderarla come una aberrazione dei giuristi medioevali e come un frutto della loro ignoranza; nè che si possa rilegarla fra le azioni petitorie, fuori cioè dal campo delle vere difese del possesso, considerandola non come una trasformazione degli interdetti romani, ma come una derivazione dalle azioni reali del diritto tedesco.

L'uno e l'altro di questi attacchi contro l'*Actio spolia*, o come contro a un rimedio distinto dagli interdetti romani, o come contro a una azione veramente possessoria, sono stati mossi e in antico ed oggidì. Nel corso di questo lavoro abbiamo segnato il sorgere e lo svolgersi della corrente di avversione contro l'*Actio spolia*, avversione generata dalla sua apocripa e bassa origine, che la faceva considerare dal Bellamera e dal Fernandez de Retes, tra gli altri, come un *merum ius commentitium*, cioè una cervellottica produzione dei pratici, e che continuandosi sotto vari aspetti per lo più nei romanisti, e in altri autori anche non romanisti, come nel Mazzei e nel Böhmer, ebbe poi il suo più autorevole rappresentante nel Savigny.

Ora se il fatto, che l'*Actio spolia* non emanò da nessuna autorità legislativa, ma fu una naturale e spontanea produzione della pratica, fiorita e ingagliarditasi a dispetto degli sforzi della teoria e della legislazione tendenti a soffocarla, la può pregiudicare agli occhi di alcuno, l'accredita per contro agli occhi di chi consideri tale sua resistenza e tenacia sotto il vero aspetto, cioè come una prova ch'essa rispondeva ad un bisogno fortemente e generalmente sentito.

Il Savigny, intento a ricostruire col suo libro famoso la teoria possessoria degli antichi giureconsulti romani, eliminandone gli elementi stranieri i quali col tempo vi si erano appiccicati e l'avevano deformata, ha considerato l'*Actio spolia* come una di queste sconciature, ed ha sostenuto che, non conoscendosi nell'Età di Mezzo bene il diritto romano, e non potendosi per conseguenza avere idee precise intorno a quella parte di esso che concerne il possesso e che è certo fra le più difficili, si trovò più comodo di immaginare una nuova via giudiziaria, la quale con la sua ampiezza ed indeterminatezza li dispensasse appunto

dallo studio del diritto romano (1). Senza accusare, come ha fatto l'Jhering (2), questa tendenza del Savigny come un falso pudore, che vuol mantenuta ad ogni costo la teoria dei giuristi romani, è però evidente come lo scopo generale ed ultimo dell'opera ha fuorviato il suo giudizio intorno all'*Actio spoli*. Poichè, anche lasciando da parte l'osservazione dello Scialoia, il quale notò che se la *Redintegranda* fosse una invenzione fatta per supplire all'ignoranza del diritto romano, e non richiesta dalle mutate condizioni dei tempi, sarebbe caduta a misura che gli studi di quel diritto salirono in onore, siccome avvenne di tante altre alterazioni e sconciature di quel diritto (3), basta considerare quanto diversi dai nostri e dai romani fossero i tempi, in cui sorse e si svolse l'*Actio spoli*. Il che è stato posto in molta evidenza dal Bruns (4). Egli dimostrò come in tempi simili a quelli che ha attraversato l'Italia dal XIII al XIV secolo, tempi in cui cozzavano fra di loro le inimicizie e le fazioni private, cosicchè il De Ferrariis poteva scrivere: « Videmus » persæpe turbati statum imperii, regum, ducum, marchionum » et comitum, statumque civitatum, provinciarum, nobilium, me- » diorum, et inferiorum... (5) », erano necessari dei mezzi straordinari per tutelare il possesso, poichè gli ordinari erano affatto insufficienti. Mezzo straordinario era in vero la legge di Valentiniano, non solo riconosciuta da tutta la dottrina e la pratica del tempo, ma riconfermata in tutti o quasi tutti gli Statuti medioevali, che degli altri rimedi per lo più non fanno parola (6). Il bisogno di una tutela possessoria larghissima era reso ancor più vivo ed acuto dalla lentezza incredibile, dalla dispendiosità, e dalla complicatezza della ordinaria procedura romano-canonica. Se i giuristi medioevali dissero che la prova della pro-

(1) SAVIGNY, op. cit., § 50, p. 502.

(2) JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso*, trad. Forlani, Milano, 1872, § 8, p. 106.

(3) SCIALOIA, *Comm. al Cod. di Proc. civile; Del giudizio sopra le azioni di possesso*, cap. III, sez. II, § 1, n. 1213.

(4) BRUNS, *Das Recht. ecc.*, § 30.

(5) PETRUS DE FERRARIIS, *Practica aurea*, p. 421.

(6) Vedi Parte VI, cap. I, § 1.

prietà era una *diabolica probatio*, non fu certo soltanto per le difficoltà che le sono inerenti, ma per quelle ancora di cui la procedura del tempo la circondava. Il proprietario, che a Roma era sufficientemente tutelato contro i terzi dalle azioni petitorie, non lo è più nell'Età di Mezzo, come attestano Innocenzo III e Federico II; onde nasce il bisogno di lenire l'eccessivo *rigor iuris civilis*. Lo stesso si dica per il riconoscimento di qualsiasi altro diritto. Più spiccica si mostrava invece la procedura possessoria nelle sue molteplici forme. Ed è perciò che la pratica medioevale tentò di dare a qualsiasi rapporto di diritto una protezione possessoria del suo esercizio, foggando dei rimedi possessorii, quanto più numerosi e vari ed estesi le fu possibile.

L'*Actio spoli* fu il principale di questi rimedi straordinari, anzi fu il loro compendio. Essa segna la massima estensione a cui in qualsiasi lato può giungere la difesa del possesso, senza pregiudicare la questione petitoria; al modo stesso che quell'epoca segnava forse il massimo di perturbazione in cui si possa trovare per riguardo ai possessi una società. Non è quindi l'*Actio spoli*, concesso pure che la sua origine sia apocrifa ed essa manchi di sanzione legislativa, una creazione arbitraria della giurisprudenza medioevale, ma è un frutto necessario e spontaneo dell'organizzazione sociale dell'Età di Mezzo.

Il che non toglie punto che, date delle condizioni d'ordine pubblico migliore, anche essa debba apparire eccessiva, e sorga quindi la necessità di limitarla. Ma la questione intorno alla opportunità ed alla misura di queste limitazioni si deve restringere al periodo, in cui fu avvertita la sua eccessiva estensione, senza voler intaccare e demolire tutto l'istituto fin dalle sue origini.

Anche l'altra delle due correnti ostili all'*Actio spoli*, di cui abbiamo fatto parola, tenderebbe a restringere la difesa del possesso nella cerchia segnata dal diritto romano, rinnegando tutte le posteriori estensioni; ma in luogo di trattare la nostra azione come un arbitrario portato della pratica, la considererebbe come una azione non possessoria, ma petitoria, come una derivazione delle azioni reali del diritto tedesco.

Già lo Zabarella, come vedemmo a suo luogo, contrapponeva la *condict. ex can. Redintegranda* alla *condict. ex can. Sæpe contingit*, trattando la prima come un rimedio petitorio. Di tanto in tanto questa idea riappare sotto forme diverse nella giurisprudenza italiana; ed ora si ritiene la nostra azione come mirante essenzialmente a tutelare la proprietà, ora è concessa al solo possessore di buona fede e con giusto titolo, ora è limitata da eccezioni petitorie. Ma a considerarla da questo punto di vista si è tratti generalmente non da ragioni d'indole storica, ma dalla grande estensione dell'*Actio spoli*, la cui portata doveva in alcuni punti e in alcuni momenti di calma apparire veramente esorbitante. Un fondamento storico a questa tendenza, hanno cercato di dare alcuni moderni autori tedeschi, il Mittermayer tra gli altri (1), e specialmente il Delbrück.

Questi ha trattata la questione tanto dal punto di vista storico, quanto dal punto di vista sistematico. Sotto il primo aspetto egli ha osservato che gli istituti e i principî del diritto germanico, ove non si distingueva il fatto dal diritto, il possesso dalla proprietà, e specialmente l'azione reale, che aveva funzioni petitorie e possessorie al tempo stesso, non andarono perduti nella vita giuridica medievale d'Italia, ma continuarono in varie creazioni giuridiche, ignote ai giureconsulti di Roma. Tali sono il nuovo modo di considerar le varie specie di possesso, le molteplici presunzioni, il *Possessorium ordinarium*, il *Judicis officium*, il *Remedium ex Lege Si coloni*, la *Condictio triticaria*, la *Condictio ex Lege quum quaerebatur ecc.* e specialmente l'*Actio spoli*. Essa, in quanto si dà contro l'autore della violenza, può veramente considerarsi come possessoria e come una continuazione dell'interdetto *Unde Vi*; ma in quanto compete contro il terzo possessore non autore dello spoglio è una derivazione dell'azione reale del diritto tedesco, ed è quindi una vera azione petitoria. Ufficio questo, a cui essa adempirebbe in due diverse forme: o come azione assisa sul possesso anteriore di buona fede, o come azione derivante dalla perdita involontaria del possesso, distinte l'una dall'altra

(1) MITTERMAYER, *Der g m. deutsch. bürgerliche proceß*, IV, Beiträge, p. 290.

a seconda delle possibili eccezioni. Ma l'Heusler ha dimostrato come alla *Gewere* non spetti punto nell'antico processo petitorio germanico la funzione, che le assegna il Delbrück, e come essa non dia punto luogo ad un'azione reale, ma serva solo a determinare quale delle parti debba godere della posizione di convenuto, e dei vantaggi alla medesima inerenti (1). Cade con ciò il punto di attacco della teoria del Delbrück.

Del resto, osservò ancora l'Heusler (2), mancherebbe pur sempre ogni dimostrazione del modo con cui l'azione reale del diritto tedesco avrebbe potuto continuare in tante forme e così svariate, come sono quelle più sopra da noi enumerate, e di cui una è appunto l'*Actio spoli*. Pur ammettendo quindi che non pochi elementi propri del diritto germanico si siano infiltrati nel processo possessorio canonico, non si può però considerare l'*Actio spoli* come un portato di quello, a cui la pratica medioevale si sia accontentata unicamente di mutar la veste e gli accessori, senza nulla innovare nella sostanza (3).

Nel trattare poi la questione dal punto di vista sistematico, il Delbrück stesso (4), e più recisamente ancora lo Ziebarth (5), il quale anzi si dichiara nemico dell'elemento storico in questa materia (6), fondano essenzialmente le loro ragioni su questa tesi: che un'azione contro il terzo possessore della cosa non può mai essere un'azione possessoria; e ciò tanto nel caso che

(1) HEUSLER, *Die Gewere*, p. 305.

(2) HEUSLER, op. cit., p. 319.

(3) Il RANDA (*Der Besitz*., p. 146, not. 45) scrive che contro questa teoria i Romanisti ed i Germanisti si sono pronunciati con un accordo veramente insolito. Oltre i passi citati del Bruns, dell'Heusler, del Maassen, vedi WINDSCHEID (*Pandekten*, vol. I, § 162, p. 504, not. 8), Wächter (*Pandekten*, vol. II, § 128, p. 97, Leipzig, 1881); PAGENSTECHER (*Röm. Lehre vom Eigenthum*, III, p. 207, 225); STOBBE (*Deut. Priv. Recht*, vol. II, § 77, n. 43); GEBER (*Deut. Priv. Recht*, § 73, not. 2) ecc. Solo il MEISCHNER (*Besitz und Besitzschutz*, §§ 24-35 etc.) accoglie in parte le vedute del Delbrück, ma per venire ad altri risultati.

(4) DELBRÜCK, *Nachträge zur dinglichen Klage des deut. Rechts*, 1871, in Jherings Jahrb. f. Dogmatik, 10 (1 serie), 110-111.

(5) ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, 1866.

(6) ZIEBARTH, op. cit., p. 2 2-213.

il terzo sia in buona fede come nel caso ch'esso sia in mala fede. Un'azione possessoria che potesse intentarsi contro il terzo possessore non tutelerebbe il possesso, ma sarebbe la sua maggiore e più costante minaccia, e non riuscirebbe ad altro che a favorire e proteggere i violenti ed i ladri, contro i giusti possessori. In ciò il Delbrück e lo Ziebarth non fanno che ripetere quanto avevano già scritto il Sarmiento (1), e presso di noi il Costa (2), i quali affermavano che l'ammettere il rimedio del can. *Redintegranda* contro i terzi di buona fede mirava non a difendere i possessori, ma *ad omnes iustos possessores spoliandos et inquietandos*. Anzi lo Ziebarth va più in là, ed accusa addirittura il Bruns di farsi con le sue idee fautore del diritto di rapina (*Rauberrecht*) (3). A tutte queste ragioni ha molto giustamente opposto il Bruns, che la protezione possessoria, considerata nei suoi effetti, è come una spada a doppio taglio, la quale, troppo affilata può non solo riuscir utile, ma al tempo stesso anche dannosa (4). Allorchè nella protezione possessoria si fa astrazione da ogni diritto sul possesso, si ottiene da un lato il benefico risultato di fornire agli aventi diritto il modo di recuperare la cosa loro più presto e più facilmente che non con l'azione petitoria; ma si concede dall'altro canto un aiuto ai possessori ingiusti. Si trovan così di fronte un vantaggio ed uno svantaggio, i quali crescono entrambi in proporzione del dilatarsi della difesa possessoria. Ma non si può decidere a priori quale di quei riguardi debba prevalere, se il timore degli svantaggi o la prospettiva dei vantaggi; poichè la soluzione di tale quesito dipende da un gran numero di condizioni storiche, dall'indirizzo e dall'esperienza della vita giuridica. In ogni caso però la legge che vuole il vantaggio deve prendere per soprappiù anche lo svantaggio, come una inevi-

(1) SARMIENTO DE MENDOZA, *Tract. de re dit. eccles.*, I, 4.

(2) GIOV. BATT. COSTA, *Tractatus de Remediis subsidiariis*, rem. 49, fol. 149, Ticin., 1608.

(3) DELBRÜCK, loc. cit., p. 131; ZIEBARTH, op. cit., p. 262-271.

(4) BRUNS, *Die Besitzklagen*, p. 217.

tabile conseguenza. Certamente allorchè l'esperienza avesse dimostrato che una estensione della difesa possessoria riesce più utile ai violenti che non agli onesti, dovrebbe questa venire abolita; ma può però una legislazione in determinate circostanze preferire incondizionatamente il vantaggio, che una estesa protezione fornisce al legittimo possessore, allo svantaggio, che dalla medesima traggano profitto i possessori ingiusti; e può in tal caso ammetter l'azione possessoria contro i terzi (1).

E questo è appunto il caso del canone *Sæpe contingit*, e del rimedio possessorio che su di esso si fonda, nel quale lo Ziebarth, senza nessuna ragione però, vorrebbe introdurre il requisito della buona fede nell'attore. Questo è anche per più forte ragione il caso della legge famosa di Federico II, tratta dal canone di Innocenzo e su di esso plasmata. Tutti e due i provvedimenti richiegono nell'attore unicamente la prova del possesso, ma nel testo di entrambi però è detto che l'ammissione dell'azione contro il terzo possessore mira a fornire al proprietario un modo più spiccio di riavere la cosa sua, che non sia la rivendicazione. Certamente Innocenzo III e Federico II considerano qui la protezione possessoria come un compimento, od un sussidio della protezione accordata alla proprietà; precisamente come vorrebbe l'Jhering nella sua ben nota teoria. A proposito della quale però mi pare che non con tutta ragione il Forlani (2), nel compendiare il ragionamento surriferito del Bruns, lo accusi di fare delle concessioni fatali per la sua teoria, di abbandonare i punti cardinali del suo assunto, e di dare delle spiegazioni che non sono in edificante armonia colla sua veduta generale sul possesso, nè coi principî delle teorie assolute, alle quali il Bruns aderisce. Non con tutta ragione, ho detto, poichè, se il Bruns è entrato per un momento perfettamente nelle viste dell'Jhering, ciò è dovuto al fatto, ch'egli mirava solo a spiegare i provvedimenti di Innocenzo III e di Federico II, nei quali, come del resto in molti giuristi dell'Età di Mezzo, il possesso

(1) BRUNS, op. cit., p. 249.

(2) FORLANI, *Appunti sulla teoria possessoria*, (Filangieri III, 1878, parte I, p. 69).

è considerato degno di protezione unicamente come presunzione della proprietà. Ma è evidente che, per quanto egli abbia trascurato di farlo, il principio posto dal Bruns per spiegare la dilatazione della difesa possessoria nei sovracitati provvedimenti si può applicare con più forte ragione anche quando si protegga il possesso per sè, cioè secondo le massime delle teorie assolute, oppure quando lo si protegga per ragioni d'ordine pubblico. E che ciò fosse nella mente del Bruns appare da quanto egli dice in seguito a proposito del canone *Redintegranda*. È innegabile infatti che, anche quando si tratti la protezione del possesso dal punto di vista delle teorie assolute, o dal punto di vista dell'ordine pubblico, la considerazione del vantaggio di favorire il giusto possessore e dello svantaggio di proteggere al tempo stesso il possessore ingiusto può, anzi deve in epoche normali, dar la misura della maggiore o minore estensione della tutela del possesso; ma tale considerazione non è però quella in cui la tutela del possesso trovi la sua ragione d'essere. In altri termini, la considerazione del vantaggio e dello svantaggio, di cui sopra dicemmo, può essere limite, ma non base della difesa del possesso. Ora se si ammette, come fa lo stesso Forlani, che il legislatore, il quale protegga il possesso unicamente in vista della proprietà, possa in determinati casi preferire incondizionatamente il vantaggio allo svantaggio e spingere quindi la tutela del possesso al massimo limite possibile, si è costretti pure a riconoscere che tale facoltà deve per più forte ragione essere accordata al legislatore, che protegge il possesso per sè, senza riguardo alla presunzione di proprietà. Il rispetto dovuto alla personalità o alla volontà dell'individuo, o le ragioni di ordine pubblico, alle quali si informerebbe tale legislatore, lo possono più facilmente che non il solo scopo di proteggere il proprietario indurre in determinate condizioni sociali a trascurare lo svantaggio di difendere i violenti e i ladri, anzi a trascurare ogni possibile vantaggio o svantaggio patrimoniale dei privati, per ottenere che si rispetti la personalità e che non si turbi l'ordine pubblico. E ciò per la ragione che il Göthe ha detto molto bene nel passo già da noi citato nella nostra introduzione:

allo Stato importa essenzialmente che il possesso sia certo e sicuro; che poi si possegga con diritto, gli preme meno (1).

La petizione assisa sul canone *Redintegranda*, cioè l'*Actio spoli*, non ebbe mai, come bene ha affermato il Bruns (2), per suo scopo essenziale quello di proteggere i proprietari. A tale scopo ripugnava fin dalle sue origini il rimedio fondato sul canone *Redintegranda*. Come rimedio puramente processuale e preparatorio del giudizio sul merito, esso non tendeva a render superflua l'azione petitoria, ma la presupponeva come conseguenza necessaria. Anche quando in seguito si trasformò in una vera azione possessoria, questa trovò la sua ragion di essere non nel bisogno di provvedere in qualche modo al proprietario, a cui facessero difetto le prove del suo diritto, come è detto nelle prime linee della disposizione di Innocenzo III, ed in chiusa a quella di Federico II, ma bensì in un principio più generale e superiore a tali considerazioni d'indole patrimoniale, cioè nel principio: *spoliatus ante omnia est restituendus*. Ove evidentemente il possesso è protetto, fatta astrazione assoluta dalla circostanza che vi si accompagni o non il diritto sulla cosa. Qui non si può parlare di un legislatore speciale che abbia incondizionatamente preferito il vantaggio di una larga protezione possessoria allo svantaggio che fatalmente ne consegue; ma si può dire che tutta la pratica medioevale e tutte le numerose legislazioni che riconobbero l'*Actio spoli*, sentirono imperioso, per le circostanze speciali di quell'epoca, il bisogno che i possessi fossero certi e sicuri, senza badare all'utile o al danno patrimoniale dei privati, anzi respingendo queste considerazioni col non richiedere se non la prova di un possesso anche momentaneo ed anche di mala fede, col respingere ogni eccezione nascente da titolo, buona fede o prescrizione, e con l'obbligare in ogni caso alla restituzione qualunque terzo detentore della cosa, ancorchè non autore dello spoglio. Le limitazioni a questa larghezza straordinaria furono il frutto o di speculazioni isolate

(1) GÖTTE, *Aus meinem Leben*, parte III, lib. XII.

(2) BRUNS, loc. cit., p. 221.

o della influenza del diritto germanico o della tirannia che le idee romane nel trionfare degli studi romanistici esercitavano sulle menti dei loro cultori, e riuscirono soltanto ad acquistar qualche credito negli ultimi secoli dell'Età di Mezzo e nell'Evo moderno; quando cioè le condizioni di straordinario turbamento sociale, in mezzo a cui era sorta e si era foggiate l'*Actio spolii*, già si erano venute di assai mitigando. Con tutto ciò l'*Actio spolii* non perdette giammai nella dottrina comune il suo carattere d'azione possessoria; e se qualche elemento petitorio (come l'*exceptio domini*) vi si infiltrò fin da principio, ciò si deve, oltrechè alle influenze sopraccennate, alla ignoranza grandissima, che non permetteva si distinguesse con tutta nettezza il possessorio dal petitorio; il che trova una conferma nel fatto che tali elementi compaiono anche nel campo degli interdetti, la cui natura possessoria non fu mai posta in dubbio.

§ 3.

Un'altra questione si fa; ed è se l'*Actio spolii* si debba considerare come un'azione indipendente o come una semplice modificazione dell'*Unde Vi*. Per quanto essa sia perfettamente senza pratici risultati, tuttavia non possiamo tralasciare di avvertire come lo svolgimento storico dell'istituto, ci faccia propendere per la prima opinione.

Si era in vero quasi del tutto trascurato l'uso degli interdetti romani, e il rimedio di Valentiniano adempieva omai da solo all'ufficio loro. Intanto però la Chiesa, per il retto funzionamento dei processi ecclesiastici e per proteggere i vescovi specialmente esposti ad esser spogliati, immaginò un rimedio processuale assai simile nei suoi effetti ai rimedi recuperatori romani. Il nuovo rimedio ecclesiastico, che dapprima non fu nè una vera azione nè una vera eccezione, si svolse durante tre secoli così da diventare un istituto di diritto comune, e da accostarsi sempre più alle azioni recuperatorie del diritto romano.

A questo punto culminante del suo svolgimento risorgono gli studi romanistici nella loro ampiezza e rifioriscono i rimedi recuperatori romani. Allora l'istituto ecclesiastico si fonde coi

medesimi, o piuttosto si integra con elementi da essi tolti ed assume carattere possessorio. Ne sorgono una eccezione ed una azione. Quest'ultima, se dà una parte deve la sua ragion d'essere unicamente ad un concetto, che era sorto e si era sviluppato affatto indipendentemente nella cerchia del diritto ecclesiastico, cioè al concetto dello *spolium*, dall'altra poi si formò mediante il concorso non solo degli interdetti possessori, ma dell'*actio metus*, dell'*actio doli*, e di uno speciale rimedio recuperatorio immaginato dai glossatori, cioè dell'*officium iudicis*. A questi elementi romani altri, ed assai importanti, si aggiungono tratti dal diritto germanico. L'azione di spoglio, così formata, acquista una larga applicazione, spesso in concorrenza con l'*Unde Vi*, spesso al medesimo contrapposta, assai più di rado, e solo quasi per ignoranza, confusa con esso. Si potrà dopo ciò dire che l'*Actio spolii* sia una semplice modificazione dell'*Unde Vi*? Il nocciolo dell'istituto proviene da un altro diritto, che non è il romano, e il fondo del medesimo rimane pur sempre ecclesiastico; a compierlo e ad interpretarlo concorrono oltre all'*Unde Vi* altre azioni, da cui esso toglie importantissimi elementi, concorre il diritto germanico, da cui ricava altri rilevanti particolari; più conforme quindi alla logica ed alla storia ci sembra il considerare l'*Actio spolii* come un'azione speciale, come il risultato di innesti romani e germanici fatti dalla pratica medioevale su di un tronco ecclesiastico; infine, come l'azione possessoria al tutto propria e specifica dell'Età di Mezzo.

Più importante è il determinare se l'azione possessoria del diritto odierno discenda dai rimedi romani o dall'azione di spoglio. Ma di questo diremo a suo luogo.

CAPO V

**Il concetto del possesso
e il suo svolgimento nel diritto medioevale.**

§ 1.

Quello che qui tentiamo di delineare non è certamente il concetto del possesso che emerge dalle definizioni e dalle poche, contraddittorie e spesso ingenue disquisizioni teoriche dei libri di diritto medioevale; ma bensì il concetto, che è come latente in quegli scritti, quello che emerge dal complesso della loro dottrina, e che solo può abbracciare tutte le molteplici e svariate estensioni ed applicazioni che essi fecero della materia possessoria. Poichè l'elaborazione scientifica del concetto del possesso si può dire che si arresti a quanto avevan fatto i Glossatori.

Per tutta l'Età di Mezzo si contendono ancora il campo la definizione di Giovanni Bassiano e di Azzone; e le poche e timide modificazioni tentate dagli stessi capi delle scuole posteriori non fanno che peggiorarle. Del resto nei Glossatori sono già fissati i caratteri essenziali di tutta la dottrina possessoria medioevale. Una linea netta di separazione divide il possesso delle cose dal possesso dei diritti: quello solo è considerato come vero possesso, come istituto avente in se stesso la sua ragione d'esistere, come oggetto quindi di ogni definizione e ricerca teorica; e per rispetto ad esso gli autori e le fonti si attengono al disposto delle leggi romane: il secondo per contro è considerato unicamente come un concetto figurato, una creazione fittizia fatta a simiglianza e per analogia del primo, cosicchè niun freno i giuristi medioevali ebbero ad estendere la somiglianza e l'analogia molto, ma molto oltre i limiti consentiti dalle fonti

romane, per quanto d'altra parte i più continuino ad affermare in base a queste che: *incorporalia possideri non possunt*. Già abbiamo, trattando dei Glossatori, brevemente accennato alle cause di questo netto distacco dalle fonti romane, ed osservato come esso impedì ai giuristi italiani di continuare, nel rimettere in onore la dottrina possessoria romana, gradatamente quella evoluzione, che già vi si era iniziata per quanto riguarda il possesso. Questo distacco ci spiega ancora, se pure la poca cultura non ne è già una ragione sufficiente, la povertà delle loro nozioni puramente teoriche. Infatti esso impediva che si potesse concepire il possesso altrimenti che come un rapporto materiale fra la persona e la cosa, e gli toglieva al tempo stesso la possibilità di ogni ulteriore evoluzione.

Tutto ciò basta a giustificarci pienamente, se non aggiungiamo altro per rispetto alle teorie medioevali intorno al possesso delle cose; la cui poca importanza è ancora sminuita per rispetto al nostro argomento dal fatto, che, o con uno speciale *officium iudicis*, o con la legge contro la privata violenza, o con l'*actio spolii*, fu per tutta l'Età di Mezzo protetto contro lo spoglio anche il nudo detentore.

§ 2.

Teniamoci quindi unicamente sul terreno della pratica e nel campo del possesso dei diritti. Quale fu la causa determinante la larghissima estensione che esso ebbe specialmente nel diritto canonico e in genere nel diritto medioevale? Fu senza dubbio la necessità di provvedere alla tutela di un grande numero di rapporti giuridici affatto nuovi ed ignoti al mondo romano.

Che la causa determinante della estensione risieda, se non nella necessità della tutela, almeno nella esistenza di tali rapporti, è consentito da tutti.

Stanno in prima linea quelli creati dalla costituzione della Chiesa cristiana; che sono rapporti aventi un duplice aspetto (poichè consistono nell'esercizio di una carica e di determinate funzioni, a cui corrisponde il godimento di determinati beni, e di diritti svariatiissimi), oppure diritti di elezione, di patro-

nato, di giurisdizione, o semplici diritti onorifici, o infine diritti a decime e ad altre prestazioni reali e personali.

Vengono poi i rapporti giuridici importati dal diritto germanico, e a lui peculiari; rapporti in cui non è distinto il possesso delle cose da quello dei diritti, ed ove campeggia un elemento nuovo: la *gewere* o investitura.

Si aggiungano quelli nascenti dalla fusione del diritto canonico e del germanico, e dalle condizioni economiche, sociali e politiche proprie dell'Età di Mezzo. Essi abbracciano non solo il diritto privato, ma il pubblico. La confusione del concetto di sovranità, e di tutte le sue multiformi manifestazioni, con quello di proprietà, che caratterizza la costituzione feudale, faceva sì che si trattassero le relazioni di diritto pubblico alla stregua del diritto privato. Ne vedemmo, per rispetto alla nostra materia, un esempio significantissimo in Pietro Crasso, che invocava a sostegno di Enrico IV contro i Sassoni invasori le leggi contro la privata violenza (1).

A difesa dell'esercizio, non solo di questi diritti ignoti agli antichi, ma ancora di quelli che la giurisprudenza romana, pur conoscendoli, non aveva però compresi nella sua tutela possessoria, furono estesi per opera del diritto medioevale tanto gli antichi interdetti come i nuovi rimedi possessorî.

I Romanisti, e specialmente il Bruns, han cercato di dimostrare che queste estensioni avevano degli addentellati nelle fonti romane. Il che, per quanto sia vero, non è però, come già altrove osservammo, tale da poter darne una ragione sufficiente, senza l'influenza degli altri diritti che si svolsero accanto al romano.

I Germanisti attribuiscono tutta questa novità esclusivamente all'istituto della *Gewere*. Il Meischeider (2), ad esempio, dopo aver mostrato a quali numerosi e svariati rapporti di diritto si applicasse la *gewere*, osserva come questa fosse possibile anche in alcuni diritti, in cui non eravi altra relazione fra la persona e la cosa, se non questa, che coloro i quali abitavano

(1) Vedi p. 178.

(2) MEISCHEIDER, *Besitz und Besitsschutz*, §§ 87, 89. p. 395.

in un determinato territorio dovevano esser sottoposti alla volontà e riconoscere certe facoltà di chi aveva diritto sul medesimo. Egli aggiunge che indubbiamente in tutti quei casi, in cui secondo il diritto germanico era possibile la *gewere*, si doveva pur dal diritto canonico, e in genere dal medioevale, estendere il possesso. Lo stesso si dovrebbe secondo lui dire di tutti i numerosi rapporti di diritto che la Chiesa plasmò su quelli d'origine germanica, o per lo meno creò a simiglianza di essi, e che abbracciarebbero tutta la materia delle decime, dei pesi reali, dei benefici e dei patronati, ecc.... Quanto agli altri diritti, che non discendono dalla giurisprudenza germanica, il Meischeider pensa che l'esser stato esteso ad essi il concetto del possesso dipenda dalla fusione della *gewere* con la *possessio*.

Ma anche qui, a nostro avviso, si esagera (1). Crediamo cioè che la *gewere* abbia bensì cooperato a che si estendesse il concetto del possesso a quei rapporti di diritto, i quali erano venuti al diritto ecclesiastico dal germanico, e che essa d'altra parte abbia reso più facile il passaggio delle innovazioni, operate in materia di possesso dei diritti dai canonisti, nella cerchia del diritto laico; ma pensiamo d'altra parte pure che non fu la *gewere* quella che determinò la tendenza del diritto ecclesiastico ad estendere ai suoi più larghi possibili confini il possesso dei diritti, ma che questa è dovuta a circostanze storiche al tutto proprie ed originali della Chiesa.

La Chiesa, come quella in cui la necessità di tutelare i nuovi rapporti di diritto si presentò più presto ed in maggior misura che non nella giurisprudenza laica, aveva fin da antico, senza punto preoccuparsi di quanto era disposto nelle fonti romane, senza subire l'influenza delle idee germaniche, anzi senza punto pensare ad una tutela possessoria, provveduto di fatto al caso più frequente. Il quale, dati gli speciali rapporti creati dalla costituzione ecclesiastica, doveva esser questo: che alcuno contendesse a chi copriva un ufficio, e al tempo stesso godeva delle cose e dei diritti annessi, la legittimità della sua istituzione

(1) Questa esagerazione è posta bene in luce dal Rindl (Der Besitz, § 24, p. 533 e seg.).

od elezione, oppure gli imputasse qualche motivo di indegnità o di decadenza, e che quindi, pur accusandolo, cominciasse a farsi giustizia da se, ritogliendogli l'ufficio e i beni.

Abbiamo a suo luogo delineato l'origine e lo svolgimento dell'*exceptio spoilti*. L'ecclesiastico privato del suo ufficio e delle cose e dei molteplici diritti annessi non può essere accusato se prima non è restituito al pristino stato; e ciò perchè altrimenti il giudizio sarebbe irregolare, come quello in cui l'esecuzione avrebbe preceduto la sentenza, e le parti sarebbero state costrette a lottare a condizioni impari.

Il concetto del possesso è qui subordinato a quello dello spoglio, e questo alla sua volta a quello del processo. Ciò spiega l'illimitata comprensione del nuovo rimedio. Infatti non cessa l'inconveniente di far precedere l'esecuzione al giudizio, tanto nel caso che all'ecclesiastico non siano restituiti prima del processo le cose appartenenti alla sua sede, come nel caso che non gli sian restituiti i suoi diritti; e parimente l'ecclesiastico spogliato sarebbe pur sempre obbligato a lottare ad armi impari con gli avversari suoi, tanto nel caso che dovesse intraprendere la lite privo dei suoi possessi materiali, come, e più forse ancora, nel caso che lo dovesse fare privo dei suoi diritti di supremazia e della sua autorità. Adunque ogni diritto gli deve essere restituito; e le fonti appunto si esprimono con la maggior larghezza possibile. Esse non enumerano, è vero, i vari diritti; ma evidentemente nella loro larga dicitura tutti li comprendono. Ad esempio non è detto che allo spogliato debbano essere restituiti i suoi diritti alle prestazioni personali, cioè i suoi diritti di obbligazione; ma si comprende che egli è di fatto reintegrato implicitamente nel loro godimento, o esercizio, o in quello che i canonisti posteriori dissero: *status percipiendi*.

Allorchè la Chiesa ammise la eccezione, non più solo nel caso di spoglio della maggior parte delle cose appartenenti all'ecclesiastico, ma nel caso di spoglio di ogni cosa singola e di ogni diritto separatamente preso, ne conseguì che essa riconoscesse anche, sia pure solo in modo sussidiario ed indiretto, una reintegrazione nell'esercizio di qualsiasi diritto, e conseguentemente una tutela possessoria dei medesimi.

Il fondamento processuale dell'*exceptio spolii* ci spiega pure come non si badasse punto al modo con cui lo spoglio avveniva, poichè sarebbe riuscito ugualmente irregolare il giudizio, tanto se si fosse usata violenza all'ecclesiastico, come se egli fosse stato semplicemente privato delle cose sue. Onde si formò nella cerchia della disciplina ecclesiastica una nozione dello spoglio comprensiva ed elastica, quanto si poteva immaginare.

I Canonisti avevano quindi innanzi a se una tradizione di molti secoli e molti esempi di reintegrazione (sia pure a scopo processuale) nell'esercizio di ogni diritto; avevano una nozione dello spoglio che non pativa limiti di sorta; ciò posto, si doveva necessariamente imporre ad essi la considerazione: perchè non si trattava al modo stesso dello spogliato accusato, lo spogliato non accusato?

Col tempo quindi, specialmente per opera dei rifioriti studi di diritto romano, il concetto dello spoglio si staccò dalla sua base processuale, e si isolò nel sistema del diritto canonico come una nozione indipendente, senza nulla perdere della sua larghezza primitiva; e subito vi si plasmò sopra un nuovo rimedio, che potesse anch'esso comprendere tutti i casi che quello abbracciava.

Così avvenne che nella cerchia del diritto ecclesiastico si ammise fin da antico una tutela dell'esercizio di qualunque diritto.

Ce lo attesta già Azone, nella sua questione più volte citata:

« De subtilitate canonum potest intendi possessorium pro quo-
» libet iure (1) ».

Azone dice: *de subtilitate canonum*; ma il Pontano nel ripetere lo stesso concetto sostituisce: *ex æquitate canonica* (2).

Al diritto ecclesiastico tenne per questa via dietro, a poca distanza, il diritto laico; benchè mancassero in esso quelle circostanze e quei dati storici affatto propri della disciplina ecclesiastica.

(1) LANDSBERG, *Die Quæst. des Azo*, xi, p. 80; Freiburg, 1888.

(2) PONTANO, *De Spoliis*, lib. i, cap. xiii, n. 120 (*Tract. Univ. iuris*, tom. xiv, Venez. 1584).

Ma ciò è ampiamente spiegato: — anzitutto e soprattutto dall'analogia e dall'influenza del diritto canonico; poichè il largo concetto dello spoglio elaborato dai canonisti doveva esercitare una tirannia invincibile sulle menti dei civilisti, e dall'altra parte la Chiesa valendosi della sua sconfinata autorità imponeva la sua dottrina in tutte le non poche materie commesse alla sua giurisdizione; — in secondo luogo dal fatto, che nel diritto civile si era già iniziato per influenza del diritto germanico un movimento in tal senso indipendentemente dal d. canonico, per provvedere alla tutela di rapporti i quali o non avevano avuta una precisa collocazione nel sistema del diritto romano, o erano a questo ignoti perchè d'origine germanica; — e infine dalla comodità ed opportunità che, date le speciali condizioni giuridiche, sociali e politiche dell'Età di Mezzo, presentava una così larga tutela possessoria.

La materia del possesso dei diritti fu causa di continuo dissidio fra i Canonisti e i Legisti, a cui le proibizioni espresse delle fonti romane vietavano di andare tant'oltre come quelli. Ma la loro opposizione si va di mano in mano restringendo a sempre minori confini, e tra Azone, che non abbandona quasi ancora il punto di vista romano, e Bartolo, che tenta solo più di limitare il possesso delle prestazioni personali a quelle che almeno importano un'autorità sulla persona del debitore, il passo è assai considerevole.

Azone, come vedemmo, non ostante che ripudî in massima le estensioni del diritto canonico, ammette però il *possessorium* per rispetto alle decime e ai diritti di patronato; cioè a due rapporti di diritto ignoti alle fonti romane. I Glossatori del resto, per influenza delle idee germaniche e della *gewere*, come dimostrò l'Heusler (1), con l'attribuire la *possessio civilis* al signore feudale e al padrone dell'enfiteusi, al tempo stesso che attribuivano la *possessio naturalis* al vassallo e all'enfiteuta, anzi allo stesso colono *si conduxit ad non modicum tempus*, avevano poste le basi di una nuova teoria, secondo cui si do-

(1) HEUSLER, *Die Gewere*, § 24.

vevano per necessità concedere i rimedi possessorî quando certo il diritto romano non li avrebbe dati.

Per la vera deiezione dal fondo agiscono naturalmente i deietti, cioè il vassallo, l'enfiteuta, il colono; al signore, al padrone dell'enfiteusi, al proprietario non resterà che ad esperire l'azione possessoria in base alla loro *possessio civilis* nel caso che il vassallo, l'enfiteuta, il colono, neghino loro le prestazioni e i canoni dovuti, o che altri li esiga in luogo loro, o ne impedisca ad essi l'esazione. Ciò avveniva ad ogni modo certamente per rispetto alle decime e agli altri diritti di supremazia, che non importavano la proprietà dei fondi e in cui il creditore della decima, o in genere il superiore, poteva agire in via possessoria contro l'obligato e contro i terzi. E infatti come si sarebbe potuto proteggere, ad esempio, l'esercizio del diritto alla decima, se non con i rimedi possessorî? Il Bruns, come vedemmo (1), a questo proposito osserva che il diritto romano delle obbligazioni concedeva al creditore la sola azione nascente dal contratto contro l'obligato, e al debitore la *condictio indebiti* contro chi avesse ingiustamente preteso il pagamento. Ma il confronto, come dimostrammo, qui non regge, poichè la decima non è punto consentita dall'obligato. Il diritto alla decima fu protetto in causa della sua radice reale, che lo fece assimilare alle servitù, come è detto in Azone, e non perchè lo si considerasse come un qualche cosa di astratto e di trasmissibile, come pensa il Bruns. È evidente però che il diritto alla decima, non ostante la sua radice reale, non presenta tutti quei caratteri che hanno le servitù, a cui il diritto romano concedette la tutela possessoria, ed è quindi evidente un distacco rilevante dalle fonti.

Ma occorre considerare che trattandosi di decime, e in genere di prestazioni dovute ad alcuno per l'ufficio che copre, nel caso di esazione o di impedimento per parte di un terzo, oltre al danno patrimoniale, che può esser risentito tanto dall'obligato, come dal titolare, vi è lesione dell'esercizio del diritto di supremazia a questo spettante, lesione di cui egli e non l'obligato

(1) Vedi p. 364.

sente il danno; il che certamente cooperò a che si derogasse dai limiti delle leggi antiche. Deroga che del resto in molti casi, dati gli speciali rapporti di dipendenza che si frammischiavano allora con quelli patrimoniali, può essere stata consigliata da considerazioni di natura sociale ed economica.

Si consideri cioè che in molti casi l'obligato non avrebbe potuto stare in giudizio contro colui che l'aveva spogliato della somma, o delle cose dovute come prestazione, se non rappresentato dal beneficiato, per il che a quest'ultimo tornava lo stesso l'agire in nome proprio; tanto più che l'obligato (vassallo, o colono, ecc.) si sarebbe a gran fatica potuto sostenere in giudizio contro chi aveva pretesa la decima o la prestazione (per lo più un signore).

Si consideri d'altra parte che (volendo applicare a questi rapporti non il diritto possessorio, ma quello delle obbligazioni, e quindi dar facoltà al beneficiato di pretendere una nuova prestazione se l'obligato aveva mal pagato) difficilmente si sarebbe potuto ottenere, in tanta molteplicità di gravami, un nuovo pagamento dall'obligato; cosicchè riusciva assai più sicuro e speditivo il riacquistare il possesso del tolto direttamente da chi lo riteneva. Dal che emerge come non per forza di principî astratti, ma per molte e varie circostanze pratiche sorgesse questo nuovo atteggiamento dell'azione possessoria nel diritto medioevale.

Ma nell'Età di Mezzo avevan vigore molti rapporti di diritto che importavano, oltre all'obbligo di speciali prestazioni reali, anche una dipendenza dell'obligato dal creditore, per quanto questi rapporti riposassero sul consenso delle parti. Così è nell'antico contratto di precaria. L'aver estesi ad essi le difese possessorie può esser stato determinato dal riscontrarsi anche qui una lesione, di cui solo il creditore sente il danno, oppure da quegli stessi criteri di opportunità sopra enumerati; ma forse più probabilmente ancora dall'analogia che era fra queste prestazioni e quelle dovute per ragione di ufficio, e dall'esservi anche qui nel rapporto giuridico una radice reale.

Con ciò si era provveduto ai veri bisogni manifestatisi nella nuova costituzione giuridica dell'Età di Mezzo, ai quali non poteva dar norma il diritto romano, perchè non li aveva conosciuti.

Ma come si spiega l'estensione dei rimedi possessorî all'esercizio degli uffici, e dei poteri pubblici, ai diritti di famiglia, alle obbligazioni tanto reali come personali; cioè a rapporti di diritto già perfettamente regolati dal diritto romano?

Per rispetto al possesso delle cariche è evidente come l'estensione sia dovuta alla analogia del diritto canonico, e all'abitudine di considerare questi rapporti di diritto pubblico dal punto di vista del diritto privato.

All'influenza del diritto canonico deve pure attribuirsi l'applicazione della teoria possessoria ai diritti di famiglia. Invero, se l'ecclesiastico, che sia spogliato della sua sede, o (caso specialmente contemplato dallo Pseudo Isidoro) a cui i suoi soggetti si siano ribellati, è reintegrato nel possesso della sua autorità sui medesimi; perchè altrettanto non si farà per rispetto ai poteri del padre o del marito sui figli o sulla moglie? Che si debba all'influenza del diritto canonico è provato da ciò, che nelle fonti e in quasi tutti gli scritti si tratta solo dei diritti matrimoniali; poichè appunto la materia del matrimonio era di esclusiva competenza dei tribunali ecclesiastici.

D'altronde per i diritti di famiglia eravi l'esempio dello stesso diritto romano, la cui *possessio ingenuitatis o libertatis* si poteva prestare ad una larga estensione per analogia.

Per rispetto alle obbligazioni reali è appena necessario osservare come, una volta preso per criterio dell'estensione del *possessorium* l'esservi o non nel rapporto giuridico una radice reale, il vincolo puramente di obbligazione che è in quella dovesse passare in seconda linea.

Ma restano le vere obbligazioni personali.

Qui può avere avuta influenza l'esempio del diritto canonico, e forse il non essersi in molti casi (per lo più trattandosi di obbligazioni ricorrenti) distinto troppo esattamente tra obbligazione e obbligazione, soffermandosi solo alla esteriore apparenza, cioè al fatto, che anche in queste si dovevano prestare determinate cose, spesso a intervalli, come nelle reali.

Che una fittizia radice reale, se così posso dire, sia stata quella, la quale aiutò l'estensione dei rimedi possessorî alle

obbligazioni puramente personali, potrebbe dimostrarsi con l'opinione ricordata di Bartolo (1), il quale, nel limitare l'azione possessoria per rispetto alle obbligazioni personali al solo caso, che il creditore abbia un qualche diritto sulla persona stessa dell'obbligato, così si esprime: « si aliquis debet mihi dare ali- » quod annuum, propter quod habeo aliquod ius in eius persona, » quia est meus vassallus, vel ascriptitius, ita quod habeo ali- » quod ius reale in eius persona: tunc possum agere interdicto » etiam possessorio ».

Può forse anche darsi che vi abbiano influito le cattive condizioni del credito nell'Età di Mezzo. È noto infatti con quale accanimento la Chiesa abbia combattuta non solo l'usura, ma ogni specie di diritti del creditore, con l'emanare disposizioni illimitatamente favorevoli al debitore in tutto quanto riguarda l'esecuzione dell'obbligazione, e specialmente quanto alla mora. Il contratto di censo e gli altri contratti, immaginati dai civilisti per palliare l'*usuraria pravitas*, davano alla obbligazione se non un fondamento almeno un'apparenza reale. E d'altra parte la difficoltà, che il creditore incontrava nell'esperire l'azione che in di lui favore nasceva dal contratto, cresceva la necessità di tutelarla almeno in via possessoria.

Una questione, di cui già ci ebbimo ad occupare (2), chiarisce molto bene questo punto. Il debitore, che in seguito alla prestazione fatta a chi non poteva pretenderla sia diventato insolubile, ha contro il creditore, che lo convenga in giudizio, l'eccezione di spoglio. Questo è anzi il solo caso in cui secondo l'*Hostiense* (3) si possa eccepire in una causa civile lo spoglio fatto da un terzo. Eliminata per tal modo la domanda dell'attore, cessa nel debitore l'interesse a ripetere in via possessoria o mediante la *condictio indebiti* il possesso della cosa dalle mani dell'ingiusto detentore. Quale tutela sarebbe in tal caso

(1) Vedi parte v, cap. II, § 2.

(2) Vedi parte III, cap. III, § 2.

(3) HENRIC. DE SROUSIO (*Hostiensis*), *Comm. in Dec. lib.*, vol. II, *Cum dilectus*, fol. 12, n. 4; e vol. I, *De rest. spol.*, fol. 58, n. 2, Venezia 1582.

rimasta al creditore, se gli fosse stato negato di intentare egli stesso i rimedi possessorî contro il terzo?

Chi consideri poi le condizioni giuridiche e sociali dell'Età di Mezzo, e specialmente da una parte il vivissimo bisogno di reprimere la violenza e l'arbitrio in tutti i loro aspetti possibili, non meno cioè quando si manifestano sotto forma di lesione d'un diritto reale, come quando han forma di violazione degli obblighi contrattuali e dell'ordine familiare (1); e d'altra parte la proverbiale lentezza della procedura romano-canonica, la quale rendeva difficile, dispendioso e tardo il riconoscimento dei diritti; comprenderà come l'estensione a quei rapporti della tutela possessoria, che forniva il modo più efficace per reprimere l'arbitrio e al tempo stesso una procedura assai più spiccia e rapida, dovesse incontrare molto favore in quel tempo. Onde la tendenza manifestatasi fin da antico nel diritto ecclesiastico vi si potè svolgere compiutamente e senza intoppi, e potè anzi passare trionfalmente nel campo del diritto laico.

§ 3.

È quindi, a nostro avviso, la necessità pratica della difesa quella che determinò l'estensione del *possessorium* a tanti e così svariati rapporti di diritto, anzi a tutti i rapporti di diritto, senza eccezione.

Perciò dobbiamo qui far richiamo a quanto abbiamo detto in altra sede del nostro lavoro, cioè alla considerazione, che, se in pochi casi e in periodi di larga coltura giuridica le modificazioni dell'idea primitiva e fondamentale del possesso avvengono in virtù di un lavoro che dalla medesima ha il suo punto di partenza, nella maggior parte dei casi per contro esse non sono altro che la conseguenza di un bisogno universalmente sentito di difendere certi stati di fatto, al modo stesso che si è difeso il possesso propriamente detto, e spesso anche il portato indi-

(1) Il bisogno di reprimere l'arbitrio in tutte le sue forme si riflette nella molteplicità dei rimedi possessorî immaginati dalla giurisprudenza medioevale.

retto e necessario di estensioni già effettuate della difesa possessoria oltre i limiti del possesso per eccellenza (1).

È in altri termini la possibilità che contro tali stati di fatto si eserciti la stessa violenza o la stessa arbitraria lesione, che si può esercitare contro il possesso propriamente detto, quella che determina l'applicazione alla difesa di tali stati di fatto delle stesse misure repressive, che tutelano il possesso, e genera conseguentemente l'estensione della nozione stessa del possesso oltre la ristretta cerchia primitiva.

Ci si potrebbe opporre che la Chiesa, fin dai primi secoli, innanzi cioè ch'essa pensasse a creare dei rimedi possessorî suoi propri, aveva di già, nel valersi della terminologia possessoria romana con maggior larghezza che non i giuristi romani, esteso il concetto del possesso oltre gli antichi limiti (2). E si potrebbe quindi sostenere che fu l'estensione del concetto astratto del possesso ai nuovi rapporti giuridici la causa determinante l'applicazione alla loro difesa dei rimedi possessorî; e concludere col Bruns (3) che lo straordinario allargamento della nozione del possesso operato dal diritto ecclesiastico si debba essenzialmente al carattere affatto speciale di quest'ultimo. Al modo stesso, scrive il Bruns, che la Chiesa non si identificò con nessuno dei vari popoli, ma si tenne al disopra di essi in una astratta separazione, così il diritto ecclesiastico non si mescolò alla corrente della vita nazionale di nessun popolo, ma si fondò su di una astrazione teorica (cioè sul diritto romano, astratto dalla vita romana), e procedette con rigidità dottrinale, senza nessuno degli impacci derivanti dalla svariate circostanze e necessità della vita pratica, alla elaborazione della materia riguardante i diritti patrimoniali, personali e di famiglia, i quali perciò riuscirono delle concezioni astratte. Il che rese possibile alla Chiesa quello, che sarebbe stato molto difficile per un diritto nazionale, cioè l'applicazione a questi diritti del concetto del possesso.

(1) Vedi p. 67.

(2) BRUNS, *Das Recht ecc.*, § 15.

(3) BRUNS, *op. cit.* p. 196.

Noi non vogliamo certo negare a queste sapienti considerazioni l'importanza che si meritano. Ma non crediamo però che esse possano infirmare le conclusioni a cui siamo venuti.

Intanto potremmo osservare che anche in quei primi secoli la Chiesa fece sua la terminologia possessoria romana, spinta dal bisogno pratico di difendere l'esercizio di alcuni rapporti giuridici da essa creati contro i privati arbitri, ed essenzialmente per impedire il frequente abuso di esercitare i diritti episcopali fuori della propria diocesi; come appare dalle decisioni dei sinodi e dei concili, in cui appunto si incontrano le prime estensioni della dottrina del possesso.

Queste generiche e separate deliberazioni presero di poi per un caso speciale forma concreta e stabile in un istituto, che fu l'*exceptio spolii*.

Ma, anche lasciando in disparte questo periodo più antico del diritto ecclesiastico, e venendo alla classica legislazione papale del dodicesimo secolo, a quella cioè che elaborò e modificò coscientemente il diritto romano, per adattarlo alla Chiesa e al mondo, crediamo che il pensiero del Bruns debba essere accolto solo in una certa misura.

Come si può dire invero in modo così assoluto che il diritto della Chiesa non visse la vita del popolo, quando ad esso spettò unicamente di regolare la materia matrimoniale? E il fatto che la legislazione papale non ammise il *possessorium* per rispetto ai diritti di famiglia se non trattandosi di diritti nascenti dal matrimonio, perchè questi soli erano sottoposti alla sua giurisdizione, non prova forse che le sue estensioni erano determinate da bisogni pratici e non da concezioni astratte e dottrinali; poichè altrimenti non vi sarebbe stata una ragione perchè non si regolassero allo stesso modo gli altri diritti di famiglia?

Ma v'è di più. I Canonisti non a tutti i casi, in cui credettero opportuno o necessario ammettere l'azione possessoria, estesero il concetto del possesso, o almeno la sua terminologia. Così avvenne nelle obbligazioni personali, in cui essi si fecero scru-

polo di usare la parola *possessio* (1) e immaginarono l'espressione *status percipiendi*, per dare un qualche fondamento all'estensione dei rimedi possessorî, operata indipendentemente dal concetto del possesso.

Infatti osserva a questo proposito il Pontano: « licet enim » quadam iuris subtilitate videretur incongrua restitutio, non » precedente alicuius rei possessione, id tamen ab æquitate canonica receptum est etc... (2) ».

Del resto i Canonisti non si adoperano punto per determinare nei loro scritti a quali casi si possa allargare la nozione del possesso, ma si affaticano per ricercare in quali circostanze ricorrano gli estremi dello spoglio. Lo *Spotium*: ecco la loro sola preoccupazione e il loro solo criterio direttivo, allorchè si trattava di questioni possessorie e specialmente di diritti incorporali. Onde il Duranti intitola la sua trattazione: *De petitório, et possessorio, et spolio*; e il Pontano nel trattare di tutti i rimedi restitutorî non parte dalla nozione del possesso, ma da quella dello spoglio, e intitola il suo lavoro: *De Spolio*. In Roffredo la rubrica che tratta del possesso dei diritti suona così: *Qualiter quis debeat agere, quando iure Canonico dicit se spoliatum*; e la questione che vi è dibattuta non è già se sia possibile il possesso nei vari diritti, ma bensì: *an posset quis iuribus spoliari*. Gli esempi si potrebbero moltiplicare a piacimento.

Stabilita per tal modo anche nel diritto medioevale la posizione reciproca dei concetti di spoglio, dell'azione contro lo spoglio, e del possesso, ci resta a riassumere brevemente il modo, con cui furono intesi:

I. La arbitraria privazione di una cosa o di un diritto, qualunque sia la sua forma, costituisce lo *spolium*. La cui natura e la cui portata sono egregiamente anche dal punto di vista storico tratteggiate in queste parole del Pontano, che mette conto di ripetere:

(1) Il Butrio dice che *in iure debiti personalis*: « Proprie loquendo non est » possessio vel quasi possessio, quia in illo non cadit possessio, sed bene im- » primitur status quidam, cuius respectu eo quod innovatur potest agi posses- » sorio ». (*Com. in Dec.*, c. 24, x, *De electione*, 1, 6).

(2) PONTANO, *De Spolio* (*Tract. univ. iuris*, tom. xiv), lib. 1, cap. 13, n. 120.

« Verbum.... in iure latissimum, continens id omne, cuius re-
» stitutio denegetur primo possessori; plures tamen habens in
» se sinus, ac species, invicem dissimiles, variisque temporibus
» editas, et propriis subsidiis munitas, prout temporum eventus,
» et occasio postulare videbantur ».

II. Più sono i sussidi, al dire del Pontano, che nei vari tempi a seconda dei mutevoli bisogni furono foggiate allo scopo di reprimere lo spoglio. Il Menochio ne enumera ben diciassette. Ma questa molteplicità doveva essere causa di incertezza e di confusione. Onde si finì per tutti compendiarli in un solo rimedio, comprensivo quanto il concetto stesso dello spoglio, che fu l'*actio spoliæ*. La quale si dà, al dire del Butrio, a complemento di tutti gli altri, *quando omnia deficiunt*, essendo essa un rimedio *competens pro qualibet non iuridica privatione*.

III. Il concetto del possesso, non quello, che, come dicemmo, emerge dalle definizioni e dalle poche, contraddittorie e spesso ingenuamente disquisizioni teoriche dei libri di diritto medioevale, ma bensì quello, che è come latente in quegli scritti, si adattava benissimo a tutta questa nuova larghezza di difese possessorie.

La parola *possessio* si incontra nei giuristi dell'Età di Mezzo in una infinità di espressioni, ove non può assolutamente avere il significato di materiale detenzione. Non fa ostacolo il fatto, che essi per rispetto ai diritti di obbligazione personale abbian detto invece *status percipiendi*, poichè non è il nome, ma il concetto quello che importa. Del resto questa eccezione è appunto quella che ci serve a stabilire in modo indubitabile il loro concetto del possesso. Infatti, se la parola *possessio* richiama pur sempre alla mente in causa della sua origine e del suo primitivo significato l'idea di un insistere materiale su di una cosa, altrettanto non si può dire dell'espressione: *status percipiendi*. La quale non potrà mai significare altro che: esteriorità, o godimento, o possibilità di esercitare, o meglio ancora, esercizio di un diritto di obbligazione. Se adunque i giuristi medioevali avessero saputo tradurre in una definizione il concetto, che del possesso avevano, essa sarebbe stata innegabilmente questa:

Il possesso è l'esercizio di un diritto.

Non è chi non vegga come, così definito il possesso, l'antica nozione romana, che non si seppe staccare dall'idea di azione fisica dell'uomo sulla cosa, diventi ora semplicemente uno dei tanti aspetti del nuovo concetto, e prenda posto nel nuovo sistema sotto forma di esercizio del diritto di proprietà, o di qualcuno dei diritti reali. Il detenere non è più il concetto fondamentale e direttivo, ma una delle sue molteplici possibili manifestazioni. Non è del pari chi non vegga quanto maggiore larghezza di applicazione consenta la nuova nozione in confronto della romana, e come essa si adatti a tutti i bisogni che ora si presentano e nel futuro si potranno presentare di estendere le difese possessorie per reprimere l'arbitrio in tutte le sue possibili forme, e risolva ed elimini in modo decisivo tutte le difficoltà e le gravi contraddizioni che sono nella dottrina possessoria romana, difficoltà e contraddizioni non ancora risolte e forse non mai risolvibili da chi si chiude nella cerchia della giurisprudenza romana e non vede nulla di buono al di fuori.

Il nuovo concetto del possesso è fra i più importanti contributi, se pure non addirittura il più importante, che la giurisprudenza canonica abbia dato al sistema del diritto privato odierno.

PARTE SESTA

L'ACTIO SPOLII E LA LEGISLAZIONE LAICA

CAPO I

Il diritto statutario italiano.

§ 1.

Non ci dobbiamo certo aspettare di vedere l'*actio spolii* accolta tra le disposizioni degli Statuti municipali italiani o delle Costituzioni dei Principi. Benchè ammessa nella giurisprudenza civile, essa veniva però considerata in ogni luogo come una emanazione al tutto propria della legislazione papale; e tanta già era l'autorità di questa, che non occorreano nuove sanzioni per crescere vigore all'istituto canonico. Ci dobbiamo quindi limitare a ricercare l'influenza e le tracce che lasciò nella legislazione laica l'uso dell'azione di spoglio. Uso, del quale non si può dubitare, dopo quanto abbiám sopra riferito intorno alle decisioni dei maggiori tribunali del settentrione, del centro, e del mezzodi d'Italia, e a cui del resto son fatti dei frequenti accenni nelle stesse leggi secolari. Spesso invero queste, pur limitandosi ad emanare contro lo spoglio delle disposizioni

penali, parlano però di un procedimento civile e quindi di un rimedio civile per ottenere la restituzione delle cose tolte (1): il qual rimedio non può essere altro che l'*actio spolii*.

Spesso ancora gli statuti dichiarano di concedere agli spogliati *omnia remedia iuris*, fra i quali necessariamente anche la nostra azione è compresa (2). Gli statuti di Ferrara lasciano la scelta allo spogliato di valersi della disposizione da essi sancita, o di servirsi degli altri rimedi, ordinando che:

« Si vero per constitutionem legis « si quis in tantam, vel » alia quævis remedia sibi competentia velit experiri, tunc coram prædictis procedatur iure ordinario (3) ».

Del resto i commentatori degli Statuti e delle Costituzioni si valgono spesso della nostra azione, e compiono le lacune di quelli con quanto in quest'ultima era disposto. Così fece tra gli altri l'Isernia per le costituzioni del regno di Napoli (4); così più recentemente il Carpani per le Milanesi (5).

Che le leggi civili non abbiano accolta senz'altro nel loro seno l'*actio spolii*, e che di questa non vi si incontri se non un'influenza limitata e riguardante, o solo la terminologia, o solo qualcuna delle caratteristiche dell'azione possessoria, si spiega molto facilmente con altre ragioni ancora, oltre che con quella sovraesposta. Infatti l'*actio spolii* era come l'*Undi Vi* una azione esclusivamente civile; questo era il portato del periodo classico della legislazione romana, e quella del fiorire della giuri-

(1) *Statuta Placentiæ* dell'anno 1391, *Mon. Hist.* per le prov. di Parma e Piacenza, p. 381, v, cap. 20: « sive agatur criminaliter sive civiliter, sive qualitercumque ». *Statuta Brixiae* (1557) *Criminalia*, cap. 150, p. 205: « Quicumque spoliator ante omnia restituatur... et prædicta locum habeant sive civiliter, sive criminaliter agatur ». *Statuta Bergomi* (1727) cap. 187; *Statuti della città di Roma del sec. XIV*, lib. II, cap. 79; pubb. dal Prof. Re, Roma 1883, p. 126.

(2) *Stat. Brixiae*, loc. cit.; *Cap. indulta per S. Rom. Pont. Communitati Parmæ*, 1536, cap. I, fol. 19; *SALIZÆ, Decret. Montisferrati*, 1675, lib. I, p. 26, cap. 50; *Stat. di Crema*, 1536, lib. III, fol. 91.

(3) *Statuta Urbis Ferrariæ*, 1567, lib. II, cap. II, p. 79.

(4) *Cost. regni Utri. Sic.*, con Glosse di Isernia, Bartol. da Capua ecc., lib. I, cap. 26, p. 42, Gloss. *Vel detentorem*.

(5) *CARPANI, Comm. ius Municip. Mediol.*, II parte, cap. 398, n. 244.

sprudenza canonica dei secoli decimoterzo e decimoquarto. L'uno e l'altro erano stati considerati sufficiente tutela del possesso nella salda costituzione politica della repubblica e dell'impero, e nella fortissima costituzione della Chiesa. Ma nè l'*Undi Vi*, nè l'*Actio spoli*, per quanto questa fosse già assai più vigorosa di quello, erano tali da soddisfare ai bisogni della turbulenta vita medioevale Italiana. Quanto più l'organizzazione sociale è mal ferma, tanto più severe e perentorie debbono essere le disposizioni contro la violenza privata, e a difesa del possesso. A suo luogo vedemmo come già sorgesse nel basso Impero accanto all'*Unde Vi*, e come gli si sovrapponesse la famosa legge di Valentiniano II. Vedemmo parimenti come in tutti i regni e in tutte le successive dominazioni succedute alla romana, trionfasse, perchè meglio di ogni altro soddisfaceva alle necessità di quel tempo, questo provvedimento, sebbene alquanto modificato ed adattato allo speciale carattere del diritto germanico (1). Perdurando gli stessi bisogni nei piccoli stati medioevali italiani, è naturale che i loro legislatori volgessero ogni studio a mantener vivo non il rimedio canonico, che non pareva sufficientemente severo, ma il rimedio, di cui la legislazione e la giurisprudenza ecclesiastica non s'erano quasi occupati, e che era restato nella tradizione giuridica secolare. Alla legge di Valentiniano, quale fu rimaneggiata e foggiate nelle leggi barbariche, e specialmente nelle leggi longobarde, nei capitolari franchi, e nei libri giuridici della scuola di Pavia, si riattaccano le disposizioni degli statuti che mirano alla tutela del possesso.

Questa giusta osservazione, fatta dal Nani per rispetto agli statuti di Pietro II di Savoia (2), si deve estendere a tutti gli altri statuti più antichi. Certo il rifiorire degli studi romanistici, e l'autorità del diritto ecclesiastico hanno influito sul modo con cui tali disposizioni furono redatte, ma il loro punto di partenza è in quelle antiche legislazioni.

(1) Vedi parte II, cap. III, § 1.

(2) NANI, *Gli Statuti di Pietro II conte di Savoia*, Torino 1880 (Mem. della R. Acc. delle Scienze di Torino, serie II, tom. 32), p. 31, § 9.

Invero Federico II, che pure deve considerarsi come un innovatore in questa materia, prende le mosse dalle leggi longobarde e franche, di cui dice ridicole le disposizioni, e dalla costituzione *si quis in tantam* (quella di Valentiniano II), che condanna come troppo severa e come contraria alla retta distinzione fra la questione possessoria e la petitoria (1). Una prova ancor più evidente si ha in ciò che tutti gli statuti antichi nel riprodurre per lo più nella parte *De Maleficiis*, e quindi riconoscendole il suo carattere prettamente penale, la legge di Valentiniano, vi aggiungono l'obbligo di pagare il banno, od una multa allo stato; disposizione questa che non ha altro riscontro se non nelle leggi barbariche. La multa o il banno consistono ora in una somma fissa, ora in una parte del valore della cosa (2).

Alcuni Statuti citano espressamente le leggi di Valentiniano; e caratteristico sotto tale rispetto è il *Constitutum legis* della città di Pisa, ove è detto:

« Hac constitutione pro comuni omnium utilitate decernimus,
» ut in rebus immobilibus et in earum possessionibus imperialis

(1) *Cost. regni Ut. Sic.*, lib. I, cap. 25. Vedi BRANDILEONE, *Il diritto romano nelle Leggi Normanne e Sveve*, p. 40.

(2) Gli Statuti di Pietro II stabiliscono un banno fisso di 60 soldi, cap. x; quelli di Ravenna (1303) c. 122 (PERTILE, *Storia del d. italiano*, vol. IV, § 136, p. 178) di 20 soldi. Gli statuti di Ivrea (1313) (*Monum. Hist. Pat. Leges municipales*, vol. I, p. 1212), quelli di Brescia pure del 1313 (*Hist. Pat. Mon. Leges Mon.*, vol. II, p. II, c. XXIX, col. 1683), quelli di Vercelli del 1241 (§ LXXXI, ediz. Adriani, Torino 1877, pag. 71), quelli di Lodi pure del principio del sec. XIII (Ed. Vignati, Milano, 1884, p. 51, cap. 80), quelli di Ferrara sopracitati. . condannano il reo al pagamento di una somma fissa; quelli di Novara per contro del 1277 (Ed. Ceruti, p. 38, 1879, cap. 79) condannano al pagamento di metà della stima al comune; quelli di Piacenza del 1339 (*Mon. Hist. della provincia di Parma e Piacenza*, p. 37, lib. V, c. 18) condannano al pagamento di una somma proporzionata al valore della cosa ecc.... Vedi inoltre: *Stat. Parmæ*, 1347 (M. H. prov. Parma e Piac. p. 157); *Stat. della Sereniss. Repub. di Genova*, 1609, 1654, 1707, lib. II, cap. 6; *Iura municip. Fossani*, Torino 1599, fol. 96, coll. I, cap. I; *Iur. municip. di Asti*, 1534, cap. 52, fol. 32; *Stat. Comuni Serravallis*, Genova 1544, *De poss. turb.*; *Cap. Centalli*, Torino 1572, fol. 19; *Stat. di Valtellina riform. a Coira*, 1548, *Crimin.*, fol. 97; *Liber Stat. Arretii*, 1580, lib. III, cap. 56, ecc. Vedi LA MANTIA, *Storia della Legislazione italiana. Roma e lo Stato romano*, cap. I, p. 409.

» constitutio « *Si quis in tantam* », et alias constitutiones et
 » leges romanæ, deieectores et invasores seu predones, atque pos-
 » sessionum alienarum interversores, ut conductores et precario
 » acceptores, aliosve consimiles punientes, suum contra eos vi-
 » gore obtineant (1).

In moltissimi altri statuti la legge si incontra o per intiero o in parte: e molte delle frasi sue caratteristiche vengono riprodotte (2).

Un ricorso interessante presentano alcuni di questi statuti, ove si rinnova l'antica distinzione romana fra violenza senz'armi e violenza armata, aggravando per questa la pena (3).

In molti statuti la legge di Valentiniano ha perduta la sua fisionomia speciale; ed essi si limitano a proibire in genere la violenza, obbligando il reo alla restituzione, con disposizioni molto simili a quelle che si incontrano nella maggior parte dei Codici gentilizi germanici (4).

(1) *Constitutum Legis Pisane Civitatis*, ed. Bonaini, Firenze, 1860, vol. II, p. 795, c. p. 50.

(2) *Constitutum Usus Pisane civitatis*, 1233 (Bonaini, vol. II, p. 947) cap. 40; *Statuti di Piacenza*, 1391, lib. V, cap. 18: *Si quis in tantam pervenerit audaciam quod terras ect...*; *Statuta Casalis* (*Hist. Pat. Mon. Leg. Mun.*, vol. I, col. 949); *Statuta criminalia Saonis*, Genova 1610, cap. 43, p. 99; *Statuti di Bobbio*, Milano 1682, lib. III, cap. 166, p. 76: *Si quis in tantam pervenerit audaciam*; *Codex statutorum di Alessandria*, 1547, p. 68; *Decreta Marchionum Montisferrati*, Torino 1571, Dec. 59 (*Criminalia*); *Statuto di Pera*, parte II, rub. 84 (*PERTILR*, IV, p. 178, n. 4), ecc...

(3) *Statuta Taurini* (*Mon. Hist. Pat. Leg. Munic.*, vol. I, col. 712). Vedi PAIS-PASSINO, *Contributo*, p. 284.

(4) *Statuta Parmæ*, 1255 (*Mon. Hist. per le prov. di Parma e Piacenza*, 1855), lib. III, p. 334, del 1347, p. 226; *Stat. di Firenze*, Friburgo, 1783, del 1415, lib. III, rub. 146; *Stat. Luc. Civit.*, 1539, IV, cap. 170; *Stat. Blonderati*, c. p. 77, p. 58; *Pragmatica, Edicta, Regiæque Sanct. Regni Neap. (Roviti)* Venez. 1598, fol. 229, *De possess. non turb.* (Alfonso 1444) Prag. I; *Codex leg. Sic. c. um gloss. Cutelli*, Messin. 1636, cap. xxi, ecc.

§ 2.

In qualunque modo però siano redatte, nelle disposizioni degli Statuti larghe traccie ha lasciate la dottrina possessoria canonica, e specialmente l'*actio spoli*.

Anzitutto, nella terminologia. Le parole *spolium*, *spoliatio*, *spoliare*, *spoliatus*, straniere come vedemmo, alle fonti romane, si incontrano ad ogni passo nelle leggi statutarie anche antichissime. Gli Statuti di Amedeo VI hanno *debeat.... fieri restitutio spoliato* (1).

Altri statuti parlano di *reintegrari spoliatos* (2). Gli Statuti di Amedeo VIII del 1430 (3), gli Statuti di Genova del 1576 intitolano la rubrica che tratta degli spogli *De restitutione spoliatorum* (4).

Altre volte si tratta di intere frasi delle decretali più celebri riguardanti la materia nostra. Federico II si vale delle espressioni *Saepe contingebat* e *iuris rigore*, che ricordano subito quelle tanto dibattute della decretale di Innocenzo III (5). Guglielmo marchese di Monferrato, nel principio della rubrica *Super spolio*, dice: « Frequens Nos, et assidua spoliatorum querela circum- » strepit.... », frase ricalcata letteralmente sulla celebre decretale di Innocenzo IV, di capitale importanza per l'*exceptio spoli* (6).

Molti istituti hanno una rubrica così concepita: « Quicumque » spoliatus ante omnia restituatur.... (7) ».

(1) Gli Statuti dell'anno 1379 di Amedeo VI conte di Savoia. Memoria del Prof. Cesare Nani (R. Acc. della S. di Tor., II, tom. 24), cap. 29, p. 56.

(2) *Stat. Novariae*, Novara 1719, lib. III, p. 132.

(3) BORELLI, *Editto antichi e nuovi dei Sovrani della Real casa di Savoia*, Torino 1681, tit. 26, p. 62.

(4) *Leges novae Reipub. Genuensis a legatis Summi Pontif., Caesaris, et regis Catholici, in quos per Rempublicam collata fuerat auctoritas*, condita, Milano 1576, cap. 59, fol. 38. La riproduzione del titolo preciso delle Decretali si spiega qui assai facilmente.

(5) *Cost. Ul. Reg. Sic.*, I, 26; c. XVIII, X, *De rest. spol.*, II, 13.

(6) SALETI, op. cit. pag. 26; c. I, *De rest. spol. in Sexto*, II, 5.

(7) *Stat. Bricioe*, 1557, Crimin. cap. 150, p. 205; *Stat. Bergomi*, 1727, cap. 187, coll. 9; *Statuta crimin. Leuci*, Milano 1609, ec.

Ma oltre a questi riattacchi puramente formali, è facile riscontrarne altri che concernono la sostanza dell'azione, specialmente negli statuti meno antichi; il che si comprende di leggieri, considerando come da una parte non era più così urgente il bisogno di una vigorosa repressione penale, da dover trascurare l'azione civile, e che dall'altra appunto in tal'epoca l'*actio spoli* toccò il massimo del suo svolgimento ed anche della sua diffusione.

Alcuni statuti non limitano, come l'interdetto *Unde Vi*, o la legge 7, C. *Unde Vi*, la difesa del possesso alle sottrazioni violente, ma l'estendono a qualunque ingiusta privazione, a qualunque appropriazione arbitraria, abbracciando per tal modo il largo concetto che dello spoglio erasi elaborato nella giurisprudenza canonica, ed adottando il presupposto dell'*actio spoli*.

In gran numero di statuti non è fatta parola di una speciale violenza, ma si incontra semplicemente la frase *spoliare sua auctoritate* (1).

Quelli d'Acqui aggiungono «propria auctoritate, et sine licentia iudicentis vel dominí possessionis, vel eius detentoris» (2), e quelli di Boiardo *contra voluntatem possessoris, sive detinentis* (3). Quelli di Cuneo hanno *per vim vel aliter* (4). Molti ancora non hanno altro che la espressione *spoliare*, a cui evidentemente bisogna conservare il suo significato tecnico, cioè tutta la larghezza delle fonti canoniche; poichè tra l'altre cose essi l'applicano anche al possesso di certi diritti, ove non è possibile vera violenza (5).

Anche al nudo detentore competono, secondo un numero abbastanza considerevole di Statuti, i rimedi restitutorî. Che ciò

(1) *Breve Pisani Communis* (Bonaini) del 1246, I, cxiii. pag. 219, vol. I; *Stat. Comm. Pinnor.* del 1347, p. 157; *Stat. Belluni*, Venez. 1747, lib. III, cap. 31; *Stat. di Ravenna* (Tarlazzi) (*Mon. Hist. delle Prov. di Romagna*, serie prim.), p. 172), lib. III, rub. 24, ecc.

(2) *Stat. civit. Aquarum*, Acqui 168, lib. III, cap. 35.

(3) *Stat. di Boiardo*, Parma, 1506, Crimin. cap. 17.

(4) *Stat. di Cuneo*, Torino 1590, p. 152.

(5) *Stat. di Ferrara, Cremona, Vigevano, Brescia del 1557, Bergamo, Verona* (Venezia 1747, p. 131, lib. II, cap. 40), ecc.

sia dovuto all'influenza dell'*actio spoli*, è provato già dal fatto che si riscontra specialmente negli statuti, che più hanno ricavato anche per altri rispetti dalla nostra azione. Gli Statuti di Cremona hanno: « Quicumque spoliatus restituatur in ea possessione, vel quasi, et in ea detentatione, in qua erat tempore spoliationis (1) ». Quelli d'Acqui sopracitati hanno *domini possessionis, vel eius detentoris*, e quelli di Boiardo *possessoris seu detinentis*. Ed il Piganzio nota nelle sue Glosse allo Statuto di Ferrara, che al detentore si dà l'*actio ex statuto* (2).

Anche lo speciale sistema probatorio circa gli estremi dell'*actio spoli* ha trovato ricetto in alcuni statuti, i quali cioè ammettono la presunzione della viziosità del possesso presente dalla prova di un possesso più antico. Il *Constitutum Legis Pisane* del 1248 ha: « Sancimus quod si aliquis fuit possessor alicuius fundi, vel domus, vel rei immobilis (seu mobilis 1271) aliquo tempore prius illo qui invenitur in possessione nunc licet non probetur qui vi vel clam vel precario possideat, ab adversario tamen in possessione recuperanda semper sit potior prior possessor, nisi secundus possessor habuerit causam a primo possessore.... (3) ».

Gli Statuti di Brescia hanno: « Si quis probat rem mobilem se possedisce, et eam petat ab aliquo qui habeat iuniorem possessionem, et non antiquiorem, quod condemnandus est possessor iunior petitori, ita quod ille petitor, seu antiquior possessor dominus praesumatur, nisi contrarium probetur (4) ».

Gli Statuti di Città di Castello stabiliscono: « Et debeat optior qui probaverit antiquiorem possessionem... (5) ».

(1) *Stat. civ. Cremon.*, 1588, cap. 196, *De Malefic.*

(2) *Stat. Ferrariae*, comm. dal Piganzio. Ferrara 1694, 81, pag. 367. Comm. n. 11.

(3) Loc. cit. p. 799. Vedi DELBRUECK, op. cit. p. 199 e segg., e BRUNS, *Jahrbuch des gem. deut. R.*, IV, p. 78.

(4) *Stat. Briviae*, III, OLIVII, col. 1760. La presunzione dal possesso alla proprietà, che troviamo nei più antichi glossatori, si riproduce in vari Statuti. Così in *Stat. oppidi Vigueriae* è scritto: *Ex possessione praesentis praesumatur dominium, donec contrarium probetur*. Milano 1558, *Civili*, cap. 88, p. 48.

(5) *Stat. Civ. Castello*, III, cap. 83, fol. 52.

Quanto all'oggetto dell'azione, moltissimi Statuti non si limitano più agli immobili, ma estendono la protezione possessoria ai mobili. Così è nel passo succitato della legge pisana. Dei mobili parlano pure lo statuto di Pietro II di Savoia, ed altri molti.

Si potrebbe obiettare che già la legge di Valentiniano comprendeva anche le cose mobili; ma ciò non vale ad ogni modo per la estensione che gli statuti contemporaneamente danno alla difesa del possesso dei diritti, in conformità della giurisprudenza canonica. Infatti se in alcuni statuti la difesa è limitata al possesso dei diritti inerenti ad una cosa immobile: «*spolia-»* *verit aliquem possessione, vel quasi, rei immobilis, vel ali-»* *cuius iuris inhærentis rei immobili* (1), o *iuris corporalis* (2), in altri a questi è aggiunto il possesso dei frutti delle decime e del diritto stesso di decima (3); e in altri ancora si parla di *possessio iuris*, e di *quasi-possessio* senza restrizione di sorta: «*De possessione, vel quasi possessione alicuius rei immobilis,»* *seu mobilis, vel iuris* (4). Gli statuti del Monferrato dispongono: «*Si quis possidentem eo, quod possidebat, sive urbano,»* *sive rustico prædio, vel alio quocumque iure uti etc.* (5).

L'azione possessoria è accordata, spesso come nella *redintegranda*, contro qualunque terzo possessore, o almeno contro il terzo possessore di mala fede. Celebre fu soprattutto per questo riguardo una costituzione di Federico II; la quale evidentemente, come già notammo, fu calcata sulla celebre Decretale *Sæpe contingit*. «*De restitutione possessionis. Alios, contra»* *quem de restitutione agatur*. Circa violentiarum pœnas, eas

(1) *Stat. Regii*, 1542, lib. III, cap. 137.

(2) *Stat. crim. Mantuæ*, rub. 46. *Stat. Alladii*, 1448, (Ed. Bollati) cap. III.

(3) *Statuta Ferrariæ, Cremonæ, Viglevani*, loc. cit.; *Stat. Brixiæ*, cap. 151; *Stat. Bergomi*, cap. 184, ed. cit.; *Stat. di Casalmaggiore*, 1512, *De pœna spol.*; *Stat. di Parma*, 1599, III, fol. 127; *Stat. Laudentium*, 1680, *Crimin. Stat.* 614, fol. 168, ecc.

(4) *Stat. di Cuneo*, 1590, loc. cit.; *Stat. Derthonæ*, Milano 1573, lib. III, *De poss. non auferenda*; *Stat. Belluni*, Venez. 1747, III, cap. 31; *Stat. di Verona*, II, cap. 80, Venez. 1747, p. 131; *Stat. Leuci*, loc. cit., ecc.

(5) SALETTE, loc. cit.

» patientibus satis credimus constitutionibus prædecessorum no-
 » strorum, et nostris esse provisum, quodam iuris rigore circa
 » destitutores violentos inducto, quod destituto contra destituen-
 » tem vel eius hæredes restituendæ possessionis beneficio succur-
 » rebat. Nec contra eum in quem ab ipso violento, vel eius he-
 » redibus transferebatur possessio, ad recuperandam eandem ali-
 » quod remedium inducebat: Imperiali providentia lenire volentes:
 » atque ipsius iuris defectum congruo et necessario supplemento
 » supplere disponimus. Per violentiam destitutum non, ut olim,
 » provisione carere, sed electionem habere, utrum ipsum desti-
 » tuentem, vel eius hæredes, si possessionem in alium transtu-
 » lit, ad interesse convenire, prout prædicto iure cavetur: vel
 » detentorem, qui ab electore causam habet, per quascumque
 » manus possessio ambulaverit, sive sciens, sive ignorans fue-
 » rit, possessionem recuperare velit amissam, condictione ex
 » lege præsentis, ad recuperandam possessionem ipsam indulta.
 » Sæpe enim contingebat, ut qui a possessione cadebat, dum vel
 » probationes de dominio non habebat, vel cum deictor erat for-
 » sitan non solvendo, omni remedio se inveniebat exclusum (1) ».

Secondo il Menochio con questa costituzione si era provvisto
 « etiam contra millesimum successorem (2) »; o, in altri ter-
 mini, al dire del Rovito, secondo essa: « restituendus est spo-
 » liatus etiam si millies iniustus, et violentus sit possessor (3).

Nello stesso senso avevano già provveduto il *Breve Consu-
 tum Pis. Civit.* del 1164, e il *Constitutum Legis Pisan. Civ.*
 del 1230 (4); e provvidero in seguito tra gli altri gli statuti di
 Novara (5).

Alcuni statuti escludono esplicitamente ogni prescrizione; così
 gli statuti di Brescia: « Et hoc intelligatur non obstante aliqua
 » temporis longitudine, qua invasor seu occupator eam terram

(1) *Cost. R. ut Sic.*, I, 26.

(2) *Menoch.*, *De remed. recup. poss.*, xv, n. 94.

(3) *Rovito*, *Consil.*, 90, p. 89, n. 7.

(4) *Breve Consul. Pis. Civ.* (Bonaini), vol. I, p. 27; *Constitut. Legis. Pis. civ.*,
 loc. cit. p. 798.

(5) *Stat. Nov.*, 1719, lib. III, p. 132.

« vel possessionem invaserit, seu occupaverit possidendo (1) »; così pure quelli di Piacenza: « Ad.... restitutionem fiendam pro- » cedatur.... non obstante aliqua temporis præscriptione (2) ». Il che è senza dubbio un riflesso dell'antico modo di interpretare il carattere di perpetuità proprio dell'*actio spoli*.

Quanto alla questione dell'appello, anche qui, come nella dottrina canonica regna molta incertezza. Ora esso è ammesso (3), ora esplicitamente escluso, in causa del carattere sommario che aveva il procedimento negli statuti, come vedremo fra breve (4).

Alcuni statuti infine espressamente vietano che si ammettano le eccezioni petitorie di qualunque specie (5).

Certamente le singolarità abbondano nella legislazione degli statuti medioevali; e quella che siamo venuti esponendo è ben lungi dal potersi chiamare dottrina dominante; tuttavia essa, per quanto frastagliata e dispersa in statuti diversi e distanti per tempo e per regione, dimostra però che l'*actio spoli* non passò senza influenza sulla legislazione secolare del Medio Evo.

§ 3.

Non sarà inopportuno il dare in ultimo qualche maggiore notizia sulla legislazione sabaudo-piemontese, importante in genere, perchè ad essa si riannoda direttamente la nostra legislazione, e in modo speciale poi in rapporto al nostro argomento, come quella che più accuratamente ed ampiamente d'ogni altra

(1) *Stat. Brixie*, 1313 (*M. Hist. pat.*, vol. II, p. 1) p. 1683, lib. II, c. 129.

(2) *Stat. Placent.* del 1391, IV, 1, p. 321.

(3) *Stat. civ. Reip. Genuensis*, 1589, p. 52: « Et in prædictis etiam iudices » criminalium sint competentes, possint tamen ab eorum sententiis appellari » pro ut in cæteris causis civilibus ».

(4) *Leges Novæ Reip. Genuen.*, 1576, loc. cit. *SALETTE*, loc. cit.: *Appellatione, ac reclamazione quacumque remota*.

(5) *Stat. Placentiæ*, cit. p. 371, n. 20: « Statuimus quod nullus occupator, » invasor vel turbator alicuius rei immobilis possit referre adversario aliquam » quæstionem de dominio... ». *Stat. crim. Mantuæ*, rub. 46. *Stat. civ. Castello*, III, cap. 83, fol. 52: « Et debeat obtinere qui probaverit antiquiorem pos- » sessionem non obstante quod adversarius aliquem titulum iustum vel iniustum » haberet ».

ha svolta una forma particolare di procedimento possessorio, che è in parte vivo ancora nel diritto odierno.

Gli Statuti di Pietro II (1263-1268) disponevano alla rubrica 10: *De spoliationibus et iniuriis* (1):

« Item statuimus quod nullus dicti Comitatus spoliet vel de-
 » vestiat alium sua auctoritate alicuius rei possessione, mobili
 » vel immobili; quod si quis quidem fecerit, solvat pro banno
 » LX solidos et incontinenti possessio restituatur spoliato, pro-
 » bata spoliatione ab eo, et omne dampnum quod inde fecerit,
 » vel sostinuerit spoliatus, facta prius cassatione (tassatione?)
 » iudicis ».

Questa disposizione, per quanto nella terminologia, e nell'uguagliare i mobili agli immobili già rifletta la nuova fase in cui era entrata la difesa del possesso per opera della dottrina canonica, tuttavia si allaccia ancora, per la statuizione del banno e pel suo carattere essenzialmente penale, alle leggi del periodo barbarico.

Notevole è per contro la disposizione contenuta nella rubrica seguente *De iniuriis*:

« Item statutum quod, in causa violence, iniurie, a quocum-
 » que facte, procedatur simpliciter et de plano, sine strepitu iu-
 » dicii et libelli oblatione, et inquisita veritate, ipsam iudex
 » faciat emendari et puniat violenciam iniuriantis secundum
 » qualitatem personarum, denuntiatione tantum alicuius, vel
 » fama publica procedente iniuriantis vel iniurianti et secun-
 » dum qualitatem iniurie vel violencie ».

Il procedimento descritto in questa rubrica, sebbene essa si intitoli unicamente: *De iniuriis*, è, a nostro avviso, da applicarsi anche al caso dello spoglio, di cui tratta il capo precedente. Intanto la rubrica 11^a, non ostante che il titolo ne taccia, tratta anche in genere della violenza, che è appunto la più frequente forma dello spoglio; e per converso il cap. 10, sebbene si intitoli: *De spoliationibus et iniuriis*, delle ingiurie non parla affatto. Il che, secondo noi, dimostrerebbe che i due capi

(1) CESARE NANI, *Gli Statuti di Pietro II, conte di Savoia*, art. 10, p. 52, (Mem. della R. Accad. delle Scienze di Torino, serie II, tom. XXXII).

nell'intenzione del legislatore dovevano essere uniti fra di loro, così da spiegarsi e completarsi a vicenda.

Del resto che il procedimento del cap. 11 si potesse adattare, e si adattasse effettivamente alle questioni di spoglio, è dimostrato dal fatto che gli Statuti di varie città (1), fra cui quelli di Ivrea del 1313 (2), stabiliscono che in esse si debba procedere « summarie sine strepitu iudicii iuris solemnitate et » oblatione libelli », mutuando secondo ogni probabilità queste espressioni appunto dalla disposizione di Pietro II.

Nella quale, secondo la giusta osservazione del Nani (3), si riflettono due forme di procedimento, che appunto allora dalla cerchia del diritto ecclesiastico, ove erano sorte, andavano acquistando terreno anche nella giurisprudenza laica. Vi si riflette cioè anzitutto quel processo, che la giurisprudenza ecclesiastica svolse per reazione contro le lungaggini, le formalità e la dispendiosità del processo ordinario, e che prese il nome di planario, da non confondersi come fecero per lo più gli Statuti fin dal principio col sommario, di origine romana e affatto diverso, come dimostrò il Briegleb (4). Questa nuova forma di procedimento ebbe il suo assetto definitivo in due decretali di Clemente V (5), ove ricorrono appunto le frasi dello Statuto di Pietro II: « Simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii.... » « sancimus ut iudex.... necessario libellum non » exigat ».

Vi si riflette del pari quella forma di processo, che, in contrapposto al *modus procedendi ordinarius*, cioè al procedimento accusatorio, Innocenzo III stabilì, sanzionando e generalizzando quei casi eccezionali, in cui, già prima di lui, il giudice poteva agire *ex officio*. Secondo la nuova forma « il giudice procede di proprio impulso ogni volta che la pubblica

(1) Stat. di Piacenza, 1339, loc. cit.; Ravenna, 1441, loc. cit.

(2) Stat. Eporedix, loc. cit.

(3) NANI, *Gli Statuti di Pietro II*, p. 35-37, p. 12, n. 31.

(4) BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe*. Leipzig 1859, I, cap. II, § 13, p. 35.

(5) Clem. c. 2, *De verb. signif.*, v, 11; c. 2, *De Iud.*, II, 1; vedi BRIEGLER, op. cit. cap. II, § 9, p. 27.

fama accusi un ecclesiastico di qualche delitto, cioè esista la *diffamatio*, oppure quando vi fosse stato, trattandosi di crimine occulto, la *denunciatio* (preceduta però sempre dalla *charitativa admonitio*), nel qual caso non era necessario che la prova fosse data dal denunciante (1) ». L'*inquisitio*, che tale era la nuova forma, fu trasportata da Rolandino de Romanciis alla procedura ordinaria, il che fu confermato subito dopo dal Duranti e da Alberto da Gandino (2).

Il procedimento planario e l'inquisitorio già in quei primi trattatisti si combinano fra di loro (3); ed uniti appunto si presentano nella rubrica degli statuti di Pietro II, in cui le parole *denunciatione tantum alicuius, vel fama publica procedente*, sanzionano la forma processuale, che ha origine da Innocenzo III. Gli statuti applicano il procedimento planario e inquisitorio ai casi di ingiuria e violenza. Nei quali, secondo quanto abbiám detto sopra, si comprendono anche i casi di spoglio. E questi, per esser ancora nello Statuto di Pietro II regolati con provvedimenti di natura affatto penale, non ripugnavano punto ad una procedura d'indole criminale come l'*inquisitio*.

Gli Statuti del 1379 di Amedeo VI, stabiliscono al cap. 29 (4):

« Item quod ubicumque aliqua spoliatio fiet in comitatu Sa-
» baudie, que in loco ubi facta fuerit erit notoria vel aliter Con-
» silio vel iudici notoria apparebit, ita quod non possit aliqua
» tergiversatione celari, debeat statim sine aliquo processo ex
» mero officio fieri restitutio spoliato ».

Il progresso compiuto dalla legislazione in un secolo è rilevantissimo, poichè in luogo di un provvedimento penale, qui incontriamo una azione civile (5).

(1) NANI, *Stat. di Pietro II*, p. 36.

(2) NANI, loc. cit.

(3) DURANTI, Spec. III, part. 1: *De inquisit.*, § 3-4: « Cum inquiritur non est » necessarius libellus, nec litis contestatio. Imo tunc de plano proceditur, et » sine strepitu... ».

(4) *Gli Stat. di Amedeo VI dell'anno 1379*. Memoria del Prof. Cesare Nani (R. Acc. delle Scienze di Torino, serie II, tom. XXXIV, p. 56).

(5) NANI, loc. cit. p. 28.

Per rispetto al procedimento è mantenuta la forma planaria, o sommaria che dir si voglia (non essendo la distinzione, come dicemmo, nettamente osservata); ma al tempo stesso è accolta una nuova forma di procedura, svoltasi pure nel diritto ecclesiastico, cioè la procedura del notorio. Ora che la *denunciatio*, e la *fama publica* dello Statuto di Pietro II, si siano trasformate nel *notorium* di quello d'Amedeo VI, si spiega secondo noi abbondantemente col fatto, che il primo considerava lo spoglio ancora dal punto di vista esclusivamente penale, e il secondo da quello civile, per il quale poteva convenire il notorio, che era applicato tanto nei giudizi criminali, come nei civili, ma non la *denunciatio* nè la *fama publica*, che eran proprie solo della prima specie di procedura. Del resto questa diversità di presupposti dei due statuti non importava una differenza di effetti, poichè in ogni caso aveva luogo un procedimento per *inquisitio*; in ogni caso cioè non occorreva prova veruna per parte del leso, e il giudice lo reintegrava di ufficio. Infatti gli Statuti di Amedeo VI non rispettarono le sottili distinzioni fra notorio, denuncia, ufficio del giudice, le quali non si poterono mantenere a lungo neppure in seno alla giurisprudenza canonica, che li aveva creati. Nè dovrà meravigliarsi di vedere per tal modo il giudice inframmettersi fra i contendenti intorno al possesso, reintegrando d'ufficio una delle parti, chi consideri che in quel tempo fioriva di già, specialmente nella giurisprudenza laica, sebbene le sue prime origini fossero nella ecclesiastica, una forma di processo possessorio consistente appunto in un intervento spontaneo del giudice fra i contendenti allorchè vi fosse pericolo che si venisse alle armi (*timor armorum*). Il giudice vietava alle parti qualunque atto possessorio, e le obbligava a dar le prove, mantenendo al possesso quella di esse, che da un sommario esame della questione risultava effettivamente possedere, fino all'aprirsi del giudizio possessorio e durante il medesimo, o sequestrando la cosa ove nessuna delle due constasse o provasse di avere il possesso. Era insomma un *iudicium retinendæ possessionis* fondato sul possesso momentaneo; e prese il nome di *Possessorium Summariissimum*. Il Nani, che molto a proposito lo ricorda a questo punto, pensa

che la disposizione dello Statuto di Amedeo VI non sia altro se non una forma nuova e al tutto speciale di questo istituto. Secondo il nostro avviso, per quanto non si possa negare che il *Summariissimum* fosse presente allo spirito del compilatore dello statuto sabauda, e che ad ogni modo serva assai bene a dare per analogia ragione del disposto di questo, tuttavia fra questa forma di giudizio straordinario, che consiste essenzialmente in un provvedimento di polizia, che non è neppure un giudizio possessorio definitivo, o che ad ogni modo come giudizio possessorio si accosta ai *relinndæ* e non ai *recuperandæ possessionis*, e la forma di giudizio dello statuto di Amedeo VI, vero e definitivo giudizio possessorio nel suo genere e ad ogni modo vero giudizio *recuperandæ*, è troppa ancora la differenza, perchè si possano considerare come derivante l'una dall'altra. La disposizione di Amedeo VI discenderebbe secondo noi direttamente da quella di Pietro II, a cui non fa che introdurre le modificazioni rese necessarie dall'essersi il giudizio trasformato in civile, di penale che prima era. E per essere il giudizio sancito da Pietro II penale è ancor meno possibile pensare per rispetto ad esso ad una infiltrazione del *Summariissimum*; il quale del resto a quel tempo era appena ai suoi inizi, nè poteva ancora esercitare grande influenza.

Gli Statuti di Amedeo VIII del 1430 dispongono (1):

« Præsenti statuimus Edicto, quod ubicunque aliquis fuerit
 » sua possessione; vel quasi possessione per quemcumque alium
 » de facto, vi, vel clam spoliatus in Patria nostra, et in Loco
 » spoliationis, ipsa spoliatio erit notoria, vel alios altero Con-
 » siliorum nostrorum, aut ludicum Locorum, ubi ipsa spoliatio
 » facta esse dicetur per summariam, informationem, Parte vo-
 » cata ad videndum iurare testes dumtaxat; aut alias legitime
 » apparebit ipsa spoliatio fore notoria, ita quod non possit aliqua
 » tergiversatione celari, tunc ipse Spoliatus in suam pristinam
 » possessionem, seu quasi possessionem, sine quocumque alio
 » processu, vel litigio, sineque mora, vel dilatione, ex Officio

(1) BARELLI, *Editto antichi e nuovi dei Sovrani della Real Casa di Savoia*. Torino 1681, tit. 26, p. 62.

» Curiaë, ad quam pertinebit ratione Locorum, seu Loci spoliati-
» tionis, debeat restitui, et ipsum spoliatum restitui iubemus».

Per rispetto alla sostanza della disposizione sono notevoli il progresso fatto su quella di Amedeo VI, che ancora non si occupava del possesso dei diritti (1), e l'uso della formula (violenza e clandestinità) che poi restò in tutte le nostre leggi.

Quanto alla procedura nulla si incontra di innovato sulla disposizione dello statuto anteriore.

Le Regie Costituzioni del 1770 hanno riprodotto il disposto di Amedeo VIII (2):

« Dandosi il caso, che qualcheduno fosse violentemente, od
» occultamente spogliato del suo possesso, o quasi, e che sia
» in qualsivoglia modo notorio il fatto, dovrà essere reintegrato
» nel suo primiero stato senza processo, o lite, e senza dila-
» zione da quel Tribunale, a cui appartiene la cognizione della
» causa ».

Vedremo fra breve sotto che forma il diritto statutario passò nei codici nostri, e come in questi sian rimaste larghe tracce della forma di giudizio possessorio, il quale si può considerare come proprio della legislazione sabaudo-piemontese; poichè per quanto la maggioranza degli Statuti italiani applichino alle questioni possessorie il procedimento planario o sommario (3), non vi hanno, o almeno non pare vi abbiano, frammischiati e contemperati quegli elementi del processo inquisitorio, di cui è sì larga la traccia nelle leggi piemontesi.

(1) Il Menochio osserva appunto che per rispetto alle leggi piemontesi non si può dubitare che il rimedio possessorio competa per le cose incorporali. *De rem. recup. poss. Rem.*, xv, n. 200.

(2) R. R. C. C., lib. III, tit. XXIII, 22.

(3) *Stat. Cremonæ*; *Leges novæ Reip. Gen.*; *Stat. Notariæ*, 1719; *Stat. Vigeriæ*; *Capit. Parmæ*, 1536; *Dec. Montisferrati*; *Stat. di Albenga*; *Stat. di Ravenna*; di *Lecco*, loc. cit. ecc. Vedi BRIEGLER, op. cit. cap. II, § 10, p. 29.

CAPO II

Il diritto consuetudinario e il codice francese.

§ 1.

Una sommaria esposizione del modo con cui le questioni di spoglio furono regolate nel diritto francese è resa necessaria dalla grande influenza ch'esso esercitò sulla nostra legislazione, e più ancora sulla nostra giurisprudenza.

Anche in Francia, come in Italia, tre diritti: il romano, il germanico, il canonico, si trovano di fronte e in urto fra di loro dapprima, e poi finiscono per contemperarsi e fondersi in modo da dar vita ad un nuovo diritto nazionale.

Ma del diritto romano, per rispetto alla dottrina delle difese del possesso, non era rimasta in vigore se non la famosa legge di Valentiniano, riaffermata e rimaneggiata in special modo dalla legislazione dei capitolari; ed anche questo poco fu ben presto limitato al mezzogiorno della Francia, ove le tradizioni romane durarono più a lungo (1). Cosicchè la dottrina romana, anche quando il primato nel suo studio passò alla Francia, non fece che, o adattarsi forzatamente alle esigenze nuove del diritto francese, o complicarne la già tanto aggrovigliata teorica possessoria. Vedemmo infatti come primo il Cuiacio tentasse di trovare un diretto riattacco della *Réintégrand*e del diritto consuetudinario francese nelle fonti romane, cioè nel suo generale *interdictum restitutorium*, o *actio momentariæ possessionis* (2).

Posto così in disparte il diritto romano, restano il diritto germanico ed il diritto canonico, dai quali appunto ebbero origine

(1) DE PARIEU, *Études hist. et crit. sur les Actions possessoires*. Paris 1850, cap. VI, p. 83.

(2) V. pag. 55.

due diversi rimedi possessorî: la *Complainte* e la *Réintégrande*, di cui è ben noto il dissidio secolare.

Insieme alle genti germaniche aveva poste radici in Francia, e specialmente nei paesi del Nord, l'istituto della *Gewere*, la quale vi prese il nome di *Saisine*, termine perfettamente correlativo al primo (1). Mancò quindi anche in Francia negli inizi una vera difesa del possesso, indipendentemente dalla difesa del diritto; e sorse solamente quando gli elementi germanici furono elaborati sotto l'influenza della coltura e della dottrina romana.

Punto di partenza fu la *rechte Gewere*, cioè la *Gewere* di un anno e un giorno, a cui corrispondeva nel diritto Francese la *vraie Saisine*. Chi infatti godeva del fondo, ne aveva cioè la *Saisine* per un anno e un giorno a scienza e pazienza di chi avrebbe avuto prima diritto di contestarglielo, ove ne sia da costui o da altri spogliato, può intentare l'azione di rivendicazione. La questione possessoria si confonde per tal modo colla petitoria. Ma allorchè questa prescrizione acquisitiva di un anno e un giorno dovette cedere il campo alle prescrizioni romane di 10, 20 o 30 anni, se si trattava di immobili; e allorchè per effetto della coltura romanistica risorgente acquistò sempre maggior credito la distinzione fra possessorio e petitorio, non si poté più abbandonare ad una procedura così spiccia la risoluzione della questione sulla proprietà. Con tutto ciò essa non venne abolita; ma, eliminato il suo effetto principale che consisteva nel riacquisto del dominio, le restò il suo effetto secondario, cioè il riacquisto del possesso. Fu in questo punto, che di mezzo agli elementi germanici sorse una vera difesa del possesso, indipendente da quella del diritto. Chi può vantare una *Saisine*, cioè un possesso di un anno e un giorno, dovrà esser reintegrato o difeso nel suo possesso, se viene spogliato, o in qualunque modo turbato nel godimento del medesimo. Si tratta quindi di una azione *recuperandæ* e *retinendæ possessionis* al tempo stesso. L'azione fu detta «*de nouvelle dessaisine*», e come tale appare in vari monumenti legislativi del XII e XIII

(1) HEUSLER, *Die Gewere*, cap. III, lib. III.

secolo, e specialmente negli *Établissements de St. Louis* (1) del 1270. Fin qui si era tenuto presente solo il caso più comune, cioè quello dello spoglio, cosicchè le fonti non parlano che di *force et dessaisine*, e l'azione appare prevalentemente come *recuperandæ possessionis*. Fu il Beaumanoir quegli che pose in luce l'altro aspetto non meno importante dell'azione; e aggiunse alla *force* e alla *dessaisine* un terzo elemento: *nouvel trouble* (2).

Quando alcuno commette uno spoglio si avrà *force* se si impiega violenza, *nouvelle dessaisine*, se non la si impiega, cioè se lo spoglio avviene *pestiblement*. Se alcuno commette una turbativa si avrà *nouvel trouble*.

Questo secondo aspetto finì per prendere alla sua volta il sopravvento, specialmente nella pratica, cosicchè Giovanni Faber scriveva:

« Advocati curiæ Franciæ semper concludunt in vi turbativa, » quæcumque sit vis (3) ».

Punto d'appoggio per tale estensione fu la presunzione propria già del primitivo d. germanico, secondo cui si riteneva che la *gewere* perdurasse non ostante la deiezione. Questa estensione ebbe una sanzione legislativa nel *Grand Coutumier* di Simon di Bucy (4); ove l'azione prende il nome di: *Complainte en cas de saisine et de nouvelleté*. La maggior parte delle *Coutumes* posteriori seguirono il suo esempio.

Quindi il solo caso di turbativa è riconosciuto dalla legge. Esso però nell'uso forense comprende, mercè l'accennata presunzione, anche lo spoglio.

Il che ha senza dubbio facilitata l'introduzione nel sistema del diritto francese del rimedio possessorio canonico, cioè della *Redintegranda*, operatasi appunto dalla giurisprudenza immediatamente posteriore, e per opera degli stessi commentatori del *Grand Coutumier* (5).

(1) PARIET, op. cit. p. 91; *Établ. de St. Louis I*, cap. 65. Ed. Viollet, p. 339.

(2) BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, cap. 32, § 1.

(3) *Comm.*, § 4, *De interd.*

(4) *Grand. Cout.*, lib. II, cap. 2.

(5) PARIET, op. cit. p. 133.

Il Baro dice:

« Recuperandæ possessionis gratia « *réintégration ou réintégration* » ex lege pontificia apud Gallos tralatitia est conditio, sive vi, metu, dolo, sive alia iniusta causa despoliati » simus rebus nostris, vel mobilibus ».

La *Réintégration* ebbe la prima sanzione legislativa nel cap. 63 dell'ordinanza di Villers-Coterets di Francesco I (1539).

L'antica azione *De nouvelle dessaisine*, che non si era spenta del tutto nella pratica, e che anzi in Normandia durò fino al secolo XVI, si confuse così colla *Réintégration*; e di qui sorse controversia fra gli autori, poichè alcuni, come l'Imbert (1), ponendosi dal punto di vista del diritto canonico non ritenevan più necessario il possesso di un anno e un giorno, mentre altri richiedevano ancora tale requisito. Nè questa è la sola.

La *complainte en cas de nouvel trouble*, o semplicemente *Complainte*, e la *Réintégration* tengono il campo, cosicchè il Bugnyon poteva scrivere: *Duo dumtaxat remansere remedia possessoria, Complainte.... et Réintégration* (2).

L'ordinamento processuale di Luigi XIV del 1667 riconosce tale stato di cose e nel primo articolo del titolo XVIII, sanziona la *Complainte* come azione contro la turbativa, mentre nel secondo dispone:

« Celui qui aura été dépossédé par force et par violence pourra » demander la réintégration, laquelle il poursuivra par action » civile et ordinaire si bon lui semble, ou extraordinairement, » et par action criminelle; mais, ayant choisi une de ces actions civile ou criminelle, il ne pourra plus varier, ni se servir » de l'autre ».

Il Pothier, e vari altri giureconsulti, assimilarono la *Complainte* all'*Uti possidetis*, e la *Réintégration* all'*Unde Vi*, per modo da negarli entrambi pei mobili (3). E invano inoltre il Chabrol avvertiva « La moindre possession suffit pour autoriser » la *réintégration*, et elle peut être exercée par un fermier mé-

(1) IMBERT, lib. 1, cap. 17.

(2) *Tract. leg. abrogat.*, IV, 2.

(3) POTHIER, *Poss.*, n. 84, n. 108.

» me (1) », poichè alcuni richiedevano il possesso giuridico, la cui nozione era stata rinfrescata in Francia dal Pothier, ed altri confondendo in questo, come in molti altri punti la *Complainte* colla *Réintégrande*, richiedevano per entrambe il possesso annale (2).

In tale stato di confusione era la teorica possessoria francese quando sopraggiunse la Rivoluzione.

§ 2.

Il decreto del 24 agosto 1790 del Governo della rivoluzione (art. 10) parla solo per incidenza delle Azioni possessorie.

Anche solo per incidenza il Cod. civile Napoleonico all'art. 2060 ricorda la *Réintégrande*, ma non tratta in nessun luogo delle Azioni possessorie. Per contro il Cod. di procedura civile ha un titolo (iv, lib. 1) speciale: *Des jugemens sur les Actions possessories*, in cui però non nomina nè la *complainte*, nè la *réintégrande*. E siccome i soli articoli, che trattino realmente delle azioni possessorie, cioè gli articoli 23 e 24, non parlano che di *trouble*, così da molti si ritenne che quel titolo mirasse a regolare unicamente la *Complainte*. Senza entrare nella lunga ed intricatissima controversia agitatasi su questo punto, basti sapere come la dottrina e la giurisprudenza francese, colmando le deficienze legislative, danno alla *Complainte* la portata ch'essa aveva prima della ordinanza del 1667, e interpretando la parola *trouble* in senso lato, vi comprendono anche lo spoglio non violento. D'altra parte poi, trovando nominata dal codice civile la *Réintégrande*, la ritengono come ancora esistente, ma limitata ai casi di spoglio commesso con violenza. Più che come una azione civile essa è considerata come azione nascente da delitto, e come tale concessa al detentore (3). Per contro nei casi, ove non fu usata violenza, lo spogliato

(1) *Cout. d'Auvergne*, t. 1, p. 66.

(2) *PARIEU*, p. 159.

(3) *HENRION DE PENSEY*, cap. 52; *DURANTON*, tom. iv, n. 246; *GARNIER*, parte 1. § 2, art. 2; *BELIME*, n. 371; *MOLITOR*, n. 108, 103; *AUBRY et RAU*, § 189, ecc.

deve provare un possesso che soddisfi ai requisiti dell'art. 2229, che sono pure quelli necessari per prescrivere (1).

Quanto al loro oggetto, tanto l'una come l'altra azione sono limitate agli immobili, ed ai diritti suoi medesimi, poichè per rispetto ai mobili vale senza restrizione la massima dell'articolo 2279:

En fait de meubles la possession vaut titre.

CAPO III

Il Codice civile italiano.

§ 1.

Io non ho certamente la pretesa di dare qui una trattazione compiuta dell'azione di reintegrazione del Codice civile italiano; intendo solo, come in tutti gli altri capi di questa parte ultima, di segnare l'influenza che l'*actio spolii* del diritto medioevale esercitò, e potrà utilmente esercitare anche in maggior misura per l'avvenire, sulla nostra dottrina possessoria.

Il Codice Albertino, modellandosi sugli antichi Statuti sabaudo-piemontesi, aveva disposto all'art. 446:

« Chiunque sarà stato violentemente, od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa da lui tenuta, potrà entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere di venir reintegrato nel possesso medesimo ».

E per quanto riguarda la procedura dell'azione aveva stabilito all'articolo seguente (447):

« Tale reintegrazione dovrà ordinarsi dal Giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza processo e senza dilazione, contro qualsivoglia persona, quand' anche fosse il proprietario della cosa di cui si è patito lo spoglio ».

(1) MERLIN, *Repert. v. Complainte*, § 2; BELIME, n. 28, 30; MOLITOR, n. 81; ecc.

La diretta derivazione di questi articoli dagli antichi statuti, e in modo speciale dalle Regie Costituzioni del 1770, appare a primo sguardo, oltrechè per il complesso della disposizione e della dicitura, anche e specialmente per il fatto, che si accolse quella particolare procedura possessoria svoltasi, come a suo luogo vedemmo (1), nelle leggi piemontesi. Il processo possessorio non è qui solo sommario, come in quasi tutti gli Statuti, ma si informa ai caratteri del processo inquisitorio canonico, e ne riproduce ed addotta la teoria del notorio.

Ma v'ha di più; la notorietà del fatto non solo dispensa lo spogliato dal darne le prove, ma rende superflua la citazione della parte avversaria; e con ciò il processo prende sempre più un carattere spiccatamente inquisitorio.

Queste disposizioni furono quasi letteralmente riprodotte nel Codice civile italiano agli articoli 695 e 696.

Art. 695: « Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile » od immobile, può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere » contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo ».

Art. 696: « La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà » del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura, contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio ».

Anche qui è conservato al procedimento il suo carattere sommario, ed è accolto il sistema canonico del notorio; ma, a differenza dell'articolo 447 del Cod. Albertino, è però sempre necessaria la citazione dell'altra parte, eliminandosi per tal modo il sistema di procedere nelle questioni di spoglio per via di ricorso (3).

Il che fu bene per molti rispetti, che qui non è il luogo di esaminare.

(1) Vedi parte vi, cap. 1. § 3.

(2) NANI, *Gli Statuti dell'anno 1379 di Amedeo VI, conte di Savoia* (Mem. della R. Acc. delle Scienze di Torino, serie II, tom. XXXIV) p. 30, not. 5.

(3) RINALDI, *Della proprietà mobile*, Potenza, 1872, vol. I, n. 127, p. 375.

A noi preme solo di notare, per riguardo alla sostanza della disposizione, come in questa materia la nostra legislazione si riannodi direttamente non alla francese, ma all'antica statutaria italiana.

Parimenti il possesso viene inteso secondo l'antico diritto italiano non solo come azione fisica, ma come esercizio di un diritto. Infatti l'art. 685 dice:

« Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di » un diritto, che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro » il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui ».

Parrebbe dopo ciò che si sarebbero dovute conservare anche le tradizioni della patria giurisprudenza. La quale, come vedemmo, dava alla azione possessoria sancita dagli statuti, una interpretazione e una applicazione larga quasi come quella dell'*actio spolii*, appunto per influenza e per riflesso del rimedio canonico (1).

Ma così non fu. Il filo della tradizione nazionale si spezzò in questo, come in tanti altri punti, in causa della dominazione francese, e la nostra giurisprudenza in luogo di risalire all'antica pratica e all'antica dottrina italiana, fece capo alla francese.

Al rifiorire dell'antica tradizione italica si opponevano d'altra parte ancora, per rispetto alla nostra materia, il carattere e le tendenze della dottrina possessoria, che tenne fino a questi ultimi anni il campo mercè l'opera del Savigny. In Germania dal tempo della recezione del diritto medioevale italiano, l'*actio spolii* era stata riconosciuta fino alla fine del secolo decimotavo. Il Böhmer (2) dapprima e quindi più efficacemente il Savigny (3) la presero a combattere, considerandola come una delle tante sconcature della pura dottrina possessoria romana, fra le quali essi ponevano anche la nozione del possesso svoltesi nella giurisprudenza dell'Età di Mezzo. L'influenza della

(1) Vedi parte v, cap. III, § 1, e parte vi, cap. I, §§ 1 e 2.

(2) BÖHMER, *Ius eccles. prot.*, II, 13, *Doct. de act.*

(3) BRUNS, *Das Recht...*, p. 392; RANDA, *Der Besitz*, p. 145; DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, § 189, p. 490, ecc.

dottrina germanica era per tal modo anche più che non quella della giurisprudenza francese contraria al risorgere delle nostre tradizioni nazionali.

Alle quali hanno mantenuto fede soltanto il legislatore (in alcuni punti di proposito, e in altri forse inconscientemente), e qualche autore isolato; poichè le due avverse correnti ancora dominano la nostra teoria.

§ 2.

Come un riflesso della giurisprudenza e della dottrina francese si deve considerare la tendenza della maggior parte dei nostri autori a trattare l'azione di reintegrazione come un'azione *ex delicto*, avente la sua ragione di essere nella necessità di reprimere l'atto delittuoso dello spoglio. Fondamento dell'azione di reintegrazione è, al dire del Pacifici Mazzoni, « il fatto illecito dello spoglio, punito nel suo autore colla forzata restituzione della cosa (1) ». Parole che si adatterebbero egregiamente al famoso rimedio penale contro la violenza privata, che si intitola dall'imperatore Valentiniano, ma non certo all'azione di spoglio.

Che la dottrina di Francia considerasse a quel modo la *Réintégrande* può avere delle ragioni speciali nella storia del diritto francese, e non è ultima certo fra queste il disposto dell'ordinamento processuale di Luigi XIV, ove alla *Réintégrande* è dato il doppio aspetto di azione civile e di azione penale a piacimento dello spogliato; ma tale tendenza non è per contro conforme alla nostra giurisprudenza.

L'*actio spolii* non fu certamente mai una azione *ex delicto*. Il che è dimostrato all'evidenza dal complesso dei suoi requisiti e delle sue caratteristiche, e specialmente da queste considerazioni:

a) Che per rispetto al suo presupposto, allo *spolium*, non si fece differenza veruna nei casi in cui esso fosse stato compiuto con violenza da quelli in cui fosse avvenuto in qualunque

(1) PACIFICI MAZZONI, *Istit.*, III, 399.

altro modo. Non è perciò la delittuosità dell'atto, ma il danno, quello che importa.

b) Che l'azione si dava contro ogni terzo possessore, tanto di mala come di buona fede; cosa inconcepibile in una azione per delitto.

c) Che la giurisprudenza e la legislazione (come appare dal c. *Sæpe contingit* di Innocenzo III) ritenevano in genere le azioni possessorie come un complemento della difesa della proprietà. Del resto, anche eliminato questo fondamento, il celeberrimo brocardo: « *Spoliatus ante omnia est restituendus* », in cui il nostro istituto trovava la sua ultima ragione d'essere, dimostra come la mente del legislatore si appuntasse non al delitto dello spogliatore, ma alla lesione personale e patrimoniale dello spogliato, e forse anche a motivi d'ordine pubblico, riguardanti la regolarità dei processi.

d) Che infine accanto all'*actio spolii* ebbe sempre vigore il rimedio citato di Valentiniano II, ove lo spogliatore era condannato a perdere la proprietà della cosa o a pagarne la stima; d'onde risulta che alle spogliazioni delittuose era provveduto con un rimedio speciale.

L'azione ricuperatoria del possesso è nella nostra, come in tutte le moderne legislazioni, modellata sull'*actio spolii* del diritto medioevale; essa quindi non può non averne conservata la natura.

Non fanno impedimento i requisiti della violenza e della clandestinità messi innanzi dall'articolo 695, perchè essi sono dovuti ad una semplice imitazione dell'interdetto *Unde Vi*, continuatasi nella legislazione dell'Età di Mezzo fino ai giorni nostri, ma contraddetta dalla interpretazione che la pratica loro diede durante tutto questo tempo. Ed anche oggidì la nostra giurisprudenza è ben lungi dall'intendere queste espressioni alla maniera romana; ma vi dà una interpretazione che si accosta assai al concetto dello spoglio medioevale. Infatti per spoglio violento si intende: « qualunque atto *arbitrario* di spogliazione, compiuto contro la volontà espressa o *presunta* del possessore, sebbene non si usi contro di questo alcuna violenza fisica, nè intervenga per parte del medesimo una effettiva opposizione al-

l'atto dello spoglio»; e per spoglio clandestino: « qualunque atto di spogliazione, che avvenga all'insaputa del proprietario, ancorchè tale atto non sia stato commesso di notte o di soppiatto (1) ».

Del resto, ammettendosi l'azione di reintegrazione per qualunque possesso (art. 695), ed intendendosi per possesso il godimento di un diritto (art. 685), si estende necessariamente l'azione recuperatoria al possesso di molti diritti, in cui non si può concepire spoglio violento, ma unicamente ingiusta privazione.

Non fa ostacolo del pari l'aver esclusa l'azione possessoria contro il terzo possessore; perchè la ragione del mutamento non sta in nessun cambiamento della sostanza dell'azione, ma in motivi di opportunità; e perchè ad ogni modo con l'ammettere l'azione contro gli eredi si è riconosciuto il valore economico e patrimoniale del possesso.

Contro la spogliazione, che pigli forma di violenza delittuosa anche presso di noi, ha provveduto il legislatore con rimedi penali.

Giustamente poi osserva il Padelletti, che il fondamento delle azioni tutte possessorie non può essere che uno solo, la natura speciale giuridica del loro *oggetto*, e che, quando si abbandonino per l'azione di manutenzione il punto di vista del delitto, non si può farlo risorgere per il caso dello spoglio.... Lo spoglio è, a così dire, il grado più elevato del turbamento del possesso, ma il fatto dell'autore di esso non può avere alcuna influenza sull'indole dell'azione, se non deve averla nel caso di semplici molestie (2).

Il fatto quindi del possesso, che la legge sente la necessità di guarentire giuridicamente contro lo spoglio arbitrario, è il fondamento dell'azione di reintegrazione.

Abbiamo detto: il possesso, e non già la detenzione; per quanto, in grazia della tendenza a considerare l'azione di spo-

(1) MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario italiano*, vol. 1, 2ª edizione, n. 229, p. 190; vedi pure BARATONO, *Delle azioni possessorie*, vol. II, n. 198, ecc.

(2) PADELLETTI, *Archiv. Giurid.*, xv (1875), p. 29.

glio come azione *ex delicto*, si dica dai più che essa compete ad ogni semplice detentore.

Ma, giustamente osserva il Bruns (1), protetta la detenzione come tale, ha fine la tutela del possesso come tale. L'*animus* sparisce, e sparisce ogni elemento subbiettivo nel concetto giuridico del possesso; e questo perde al tempo stesso tutta la sua pratica importanza. Cosicchè alla teorica del possesso sarebbe tolto il suo carattere speciale.

D'altra parte anche coloro, i quali affermano in genere competere l'azione di spoglio a qualsiasi detentore, sono poi costretti a fare delle restrizioni per il caso che alcuno detenga la cosa a nome del possessore, o come mandatario, o come amministratore, ecc. A questi detentori si nega l'azione e la si concede al possessore; onde in ultima analisi non ogni detentore, ma solo il detentore a nome altrui, che insieme all'altrui interesse abbia nella detenzione della cosa un interesse proprio indipendente, potrà domandare la reintegrazione.

Chi non vede quanto questo criterio di distinzione turbi l'esattezza della formula scientifica e getti tutta questa materia nella più grande incertezza?

È certamente innegabile che le legislazioni e la giurisprudenza moderna hanno una spiccata tendenza a proteggere molti rapporti di diritto, che anticamente, essendo considerati come casi di semplice detenzione, erano esclusi dalla tutela possessoria; e che tale tendenza riposa, come osserva il Bruns, su di un motivo ragionevole, poichè ripugna alle idee odierne che il conduttore o affittuale, spogliato del suo possesso, debba dipendere per la tutela del suo interesse dalla mediazione del locatore, il quale può compromettere con un inopportuno ritardo le ragioni di quello. Ma bisogna a questo proposito osservare che se tali rapporti di diritto erano considerati come casi di semplice detenzione secondo il concetto romano del possesso giuridico, altrettanto non si può più dire, data la nozione del possesso odierna. Secondo la quale il detentore, che accanto all'altrui interesse ha nella detenzione della cosa un interesse

(1) BRUNS, *Die Besitzklagen*, p. 240.

proprio ed indipendente, deve ritenersi come vero possessore, in quanto esercita un proprio diritto. Onde al conduttore competerà necessariamente l'azione di reintegrazione non a tutela della sua detenzione, ma del suo possesso di diritto, di cui il fatto della detenzione non è se non l'esteriorità o l'esercizio. Non ignoriamo che dal punto di vista del diritto delle cose, l'azione di spoglio del conduttore fu sempre trattata come azione diretta, rivolta a proteggere la sua detenzione; ma anche qui rispondiamo con una acuta osservazione del Bruns, che si deve lasciare piena libertà alla teoria nella motivazione dei precetti pratici, e che d'altra parte la distinzione fra la *corporis* e la *iuris possessio* in fatto di diritti, che accordano la detenzione della cosa, come l'usufrutto e l'enfiteusi, non è stato mai esattamente concepita, ed è circondata di molta confusione nei libri stessi di diritto romano.

Il codice italiano non distingue certo con grande esattezza il possesso dalla detenzione; ma con tutto ciò crediamo col Forlani (1), contro l'opinione dei più, fra cui è lo stesso Bruns (2), che esso non accordi protezione al nudo detentore.

Anzitutto l'art. 695 parla di possesso e non di detenzione; nè le parole « qualunque esso sia » possono esser prese come un accenno alla medesima, poichè esse stanno in contrapposto alla espressione « possesso legittimo », che è nell'articolo precedente. L'art. 695 concede la tutela possessoria al possesso, in tutta la estensione che è consentita dall'art. 685. Ora l'art. 685, con le parole « che uno ha.... per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui », esclude evidentemente dalla nozione del possesso, e quindi dalla tutela possessoria, tutti i detentori che non hanno un proprio interesse. Ma nel detentore, che ha un interesse proprio ed indipendente,

(1) Addizioni alla trad. dell'opera dello Ihering (*Sul fondamento della protezione del possesso*), p. 242, 243; e *Appunti sulla Teoria possessoria* (Filangieri, III, 1878, parte I, p. 697).

(2) Bruns, *Die Besitzklagen*, § 21, p. 227. Egli incorre per poca perizia dell'italiano nell'errore di contrapporre, interpretando l'art. 694, *manutenzione a molestie*, mentre, come a ragione nota il Forlani (loc. cit.), questa è il fondamento e quella il nome dell'azione.

vi è oltre all'elemento materiale, anche un elemento spirituale, un *animus*, cioè l'animo di esercitare il proprio diritto (1). Esso quindi, in quanto esercita un diritto, è possessore; e unicamente come tale viene dalla legge protetto. Se l'art. 685 ha fatto speciale menzione della detenzione, in luogo di limitarsi a dire che il possesso è il godimento di un diritto, si deve a che la detenzione è la forma più importante di tale godimento, è cioè la forma più comune con cui si manifesti od eserciti il diritto.

Onde a nostro avviso più scientificamente corretto, e d'altra parte conforme pienamente ai nuovi bisogni pratici, è il dire che l'azione di spoglio compete secondo il diritto odierno al solo possessore.

§ 3.

Però la questione più rilevante sta nel determinare a quali diritti si possa estendere la tutela possessoria e la nozione del possesso.

È appena da ricordarsi l'opinione di alcuni autori, i quali, fondandosi sulla circostanza che l'art. 695 parla solo di possesso di una cosa mobile od immobile, vorrebbero escludere dall'azione di spoglio ogni possesso di diritto senza distinzione di sorta; poichè quest'opinione, oltre al riposare unicamente su di una gretta e pedestre interpretazione della legge, oltre all'essere, come a ragione osserva il Mattiolo (2), contraria alle nostre tradizioni legislative, cade di fronte all'antichissimo brocardo: « *rei appellatione et causæ et iura continentur* », del quale gli articoli 415 e 418 del Codice nostro hanno fatto una larga applicazione, con l'annoverare fra le cose mobili ed immobili i diritti e le azioni.

Piuttosto è necessario ricercare quale tendenza debba prevalere: se quella degli autori, che, fedeli alla nozione romana

(1) Adunque secondo la nozione odierna del possesso, l'animo richiesto nel possessore non sarà l'*animus domini*, o l'animo di tener la cosa come propria, secondo la poca esatta opinione della maggior parte degli autori, che si fondano sull'art. 686; ma bensì l'animo di esercitare un diritto qualsiasi.

(2) MATTIOLLO, *Trattato di d. giudiziario civile*, vol. I, n. 235 e seg.

del possesso, ammettono la tutela possessoria per i soli diritti e pesi reali, ripudiando tutte le posteriori modificazioni ed ampliamenti; o quella degli autori, che, tenendo conto dello svolgimento della dottrina possessoria attraverso la giurisprudenza intermedia fino ai giorni nostri, inchiudono nella tutela possessoria anche altri diritti oltre i reali. La prima tendenza ha avuto quanto al diritto austriaco un valido sostenitore nell'Unger (1), e quanto al diritto nostro nel Milone (2), per non dire di molti altri autorevolissimi scrittori. Ma il Milone si sbriga con troppa disinvoltura dei gravi argomenti storici che stanno contro la sua opinione, negando senza provare tutte le novità introdotte dal diritto medioevale (3); che pure dopo gli studi del Bruns possono combattersi, ma non trattarsi così leggermente. Onde il solo argomento serio per rispetto al diritto nostro sarebbe la collocazione degli articoli riferentisi alla nostra materia nella parte del codice che tratta dei diritti delle cose. Ma noi domandiamo se una ragione siffatta si può contrapporre a tutte le risultanze delle nostre tradizioni nazionali, e se basta a far rinnegare i portati di tanti secoli d'evoluzione per rispetto alla dottrina possessoria. Domandiamo anche se la distinzione romana fra diritti personali e reali possa ancora invocarsi opportunamente in questa materia, ponendosi dal punto di vista del codice italiano, che alla realtà dei diritti non annette più l'antica importanza.

Le grandi innovazioni introdotte dalla dottrina dell'Età di Mezzo avevano la loro ragione d'essere in molte circostanze e in molti bisogni, che non sono venuti ancor meno per intiero oggidì; onde non possono senza più ripudiarsi. E appunto alcuni autori, come il Bellavite (4), il Randa (5) e il Forlani (6);

(1) UNGER, *System.*, I, § 61, 62, 63, ecc.

(2) MILONE, *Il Possesso delle cose e dei diritti, e le azioni che ne derivano*, § 13.

(3) MILONE, *op. cit.*, § 11.

(4) BELLAVITE, *Il possesso secondo il diritto romano con riguardo ai codici moderni*, § 1 (*Archiv. giur.*, III, 1869, p. 513).

(5) RANDA, *Der Besitz*, Leipzig, 1879, § 24.

(6) FORLANI, *loc. cit.*

seguendo il Bruns, hanno in continuazione della dottrina intermedia ammessa la tutela possessoria e il concetto del possesso per molti diritti non reali.

Essi però richiedono che tali diritti siano patrimoniali, e che consentano un esercizio ripetuto, secondo il Randa (1), o visibile e durevole, secondo il Forlani (2), del loro esercizio. Onde, ad esempio, secondo il codice nostro sarebbero suscettivi di possesso e di difesa possessoria: le servitù, i pesi reali o diritti aventi radice sul suolo, alcuni diritti creditorî (cioè quelli che, esercitati, non si estinguono in una sola volta, quali sarebbero i diritti di godimento nascenti dal contratto di locazione e conduzione, dal comodato, ecc...).

Non mancano però gli autori che accolgono le risultanze dell'evoluzione del diritto medioevale, senza restrizioni di sorta.

Ci basterà ricordare il Chironi, il quale sostiene che « non vi ha diritto che non sia suscettibile di possesso; il quale ha luogo rispetto ai diritti personali (C. 1242, 1598), di successione (C. 933), di famiglia (C. 120, 121, 171-174), e in ispecial modo ai reali... (3) »; e aggiunge per rispetto al nostro argomento che « guarentigia del possesso, nel senso generico, è l'azione di reintegrazione ».

E infatti il Codice nostro concede l'azione di reintegrazione per il possesso, qualunque esso sia, e definisce dall'altra parte il possesso come l'esercizio o il godimento di un diritto, senza punto aggiungervi i requisiti della visibilità e della durata; onde non si può negare che la legge consenta affatto questa estensione della materia possessoria. Dal punto di vista storico e dottrinale essa è poi pienamente confortata, come dicemmo, dalle tradizioni del nostro diritto nazionale; e non può esservi più secondo noi luogo a questioni.

Si può forse solo contestare per rispetto alla pratica che convenga tutelare alcuni rapporti di diritto con l'azione di spo-

(1) RANDA, op. cit., p. 522.

(2) FORLANI, *Appunti sulla teoria possessoria* (Filangieri, III, 1878, parte I, p. 700).

(3) CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I, § 83, p. 142, Torino 1888.

glio; e si può ancora dubitare se un determinato atto costituisca realmente uno spoglio; ma senza entrare in tali questioni, che ci trarrebbero troppo in lungo, osserviamo soltanto come la loro soluzione debba a nostro avviso dipendere dalla giurisprudenza. A questa spetta il decidere della opportunità di estendere ai vari rapporti di diritto la tutela possessoria; e ad essa parimenti il ricercare, seguendo l'indirizzo già tenuto dai giuristi dell'Età di Mezzo, se nei singoli casi si riscontrino gli estremi dello spoglio. Risolta affermativamente tale questione di fatto, si dovrà senz'altro concedere l'azione possessoria di reintegrazione.

In ogni caso però e dalla dottrina e dalla giurisprudenza si dovrebbe sempre tenere il massimo conto delle mutazioni introdotte dal diritto intermedio nella dottrina romana. Unicamente per tale via è possibile giungere alla formazione di una teorica possessoria scientificamente corretta ed armonica, e capace di soddisfare a tutti i bisogni pratici odierni e futuri. Questa profonda convinzione è anche il risultato ultimo, a cui siamo giunti col nostro studio.

FINE.

INDICE

PREFAZIONE	Pag. V-IX
----------------------	-----------

PARTE I.

L'Interdetto Unde Vi.

CAPO I. — Gli interdetti *De vi armata* e *De vi non armata*.

§ 1. Se l'interdetto competa al nudo detentore: duplice aspetto della questione. — § 2. Le fonti intorno al *De vi armata*. — § 3. Opinioni degli autori. — § 4. Esame dell'orazione di Cicerone *Pro Cæcina*, e critica della medesima. — § 5. Conclusioni. — § 6. Fusione dei due interdetti. . . . » 1-32

CAPO II. — La Legge contro la privata violenza.

§ 1. Le varie leggi contro la privata violenza, e la legge di Valentiniano II. — § 2. Opinioni degli autori. — § 3. La legge VII e l'interdetto *Unde Vi*. Questo non fu esteso ai mobili. — § 4. La lacuna nella tutela dei mobili. — § 5. Influenza del rimedio di Valentiniano sulla fusione degli interdetti. Suoi rapporti con l'*Unde Vi*. . . . » 33-53

CAPO III. — L'*actio momentariæ possessionis*.

§ 1. Opinioni degli autori. — § 2. Teoriche di Cuiacio, Savigny, Ihering. — § 3. Inesistenza dell'*Actio mom. possessionis* (Bruns). L'interdetto *Unde Vi* non si dà per qualunque *iniusta causa amissionis*. — § 4. Significato delle espressioni *Momentum* e *Momentaria possessio*. . . . » 53-66

CAPO IV. — Il concetto del possesso, e il suo svolgimento nel diritto romano.

§ 1. Influenza dei concetti della violenza, e dei rimedi contro la violenza, sull'evoluzione del possesso. — § 2. Riassunto. » 66-74

PARTE II.

La difesa del possesso nei Diritti intermedi.

CAPO I. — Diritto Bizantino.

- § 1. Importanza della dottrina possessoria bizantina. — § 2. — *L'animus dominantis*. — § 3. Le collezioni anteriori ai Basilici. — § 4. L'interdetto civile e l'interdetto penale dei Basilici. — § 5. Evoluzione e trasformazione della legge contro la privata violenza. — § 6. L'azione *Περί βλας*. — § 7. Confusione nella dottrina possessoria. — § 8. Il diritto ecclesiastico. — § 9. Riassunto della dottrina possessoria dei Bizantini. Pag. 75-113

CAPO II. — Della *Gewere*.

- § 1. Teorie diverse intorno alla *Gewere*. — § 2. Sua origine e svolgimento storico. — § 3. La *Gewere* e la *Possessio*. — § 4. Tutela della *Gewere*. » 114-124

CAPO III. — La difesa del possesso in Occidente.

- § 1. Fusione dell'interdetto *De vi armata* e della Legge contro la privata violenza. — Le leggi romano-barbariche e la repressione della violenza. — § 2. Tracce della teorica possessoria romana negli scritti e nei documenti del primo Medioevo. » 125-139

PARTE III.

L'Exceptio spolia (officium iudicis).

CAPO I. — La disciplina ecclesiastica anteriore al ix secolo.

- § 1. Esame di casi, in cui si vorrebbe vedere una applicazione dell'*Exceptio spolia*. — § 2. Esame di casi, in cui potendosi essa applicare, non se ne fece uso. — § 3. Conclusioni. » 141-162

CAPO II. — Le collezioni ecclesiastiche falsificate.

- § 1. Relazione delle collezioni fra di loro per rispetto al tempo, ed allo scopo dei Falsificatori. — § 2. L'*Exceptio spolia* in rapporto a tale scopo. » 162-169

CAPO III. — I Capitolari di Benedetto Levita e i Capitoli di Angilramno.

- § 1. Processo di falsificazione di Benedetto Levita. Il sistema dell'*Exceptio spolia* nella sua collezione. — § 2. Conferma dei nuovi risultati nell'Addizione iv ai Capit. di Benedetto, e nei Capitoli di Angilramno. » 169-182

CAPO IV. — Le False Decretali dello Psendo Isidoro.

- § 1. Nuove fonti falsificate per rispetto all'*Exceptio spoli*.
 — § 2. Il sistema dell'*Exceptio spoli* nelle False Decretali:
Officium iudicis e Rimedio processuale. A chi compete, contro chi, per quali cause, per quali oggetti. Non è un rimedio possessorio, ma un privilegio politico dei vescovi. . . . Pag. 183-210

CAPO V. — L'*Exceptio spoli* nella dottrina e nella pratica ecclesiastica dallo Ps. Isidoro a Graziano.

- § 1. Povertà della dottrina. Esame di casi pratici in cui fu fatto uso dell'*Exceptio spoli* dal ix al xii secolo. Diffusione dell'istituto in tutta Europa. — § 2. L'*Exceptio spoli*, senza mutar natura, diventa istituto di diritto comune, e si accosta ai rimedi possessori romani. Influenza della terminologia sullo svolgimento dell'istituto. . . . » 211-241

CAPO VI. — L'*Exceptio spoli* nel Decreto di Graziano.

- § 1. Dissidio fra la teoria e la pratica. — § 2. Ritorno all'antica disciplina. L'*Exceptio spoli* non è neppure in Graziano un rimedio possessorio. Ravvicinamento all'antica dottrina possessoria romana. . . . » 242-252

PARTE IV.

La Redintegranda (Formazione ed evoluzione storica).

CAPO I. — La difesa del possesso secondo i Glossatori.

- § 1. Rinnovo delle nozioni romane per rispetto al possesso delle cose. — § 2. Ampliamento del possesso dei diritti e della sua tutela per opera della pratica. — § 3. Importanza acquistata dalle presunzioni nella materia possessoria per influenza del diritto germanico. — § 4. L'*Exceptio domini*, e cause della sua ammissione. — § 5. Tutela della nuda detenzione. — § 6. Riepilogo. . . . » 253-287

CAPO II. — Fusione del diritto ecclesiastico col civile.

- § 1. Deboli tracce dell'*Exceptio spoli* nell'antica forma. — § 2. L'antico *Officium iudicis* si scioglie in una vera eccezione ed in una azione possessoria indipendente. Cause che determinarono la scissione. — § 3. L'azione e l'eccezione. » 288-305

CAPO III. — L'*Exceptio spoli* (vera eccezione).

- § 1. Sistema dell'*Exceptio spoli* fino ad Innocenzo IV. — § 2. La Decretale *Frequens* di Innocenzo IV, e riordinamento della materia dell'*Exceptio spoli*. L'eccezione passa in seconda linea. . . . » 305-325

CAPO IV. — La *Condictio ex canone Redintegranda*.

§ 1. Formazione della nuova tutela possessoria. In essa si fondono tutti gli antichi rimedi romani. — § 2. Confronto con l'azione *Испл блзг.* Pag. 326-333

CAPO V. — Il c. *Redintegranda* e il c. *Sæpe contingit*.

§ 1. Provvedimenti pontifici contrari al nuovo rimedio possessorio. — Tentativi antichi e recenti per conciliare fra di loro i due provvedimenti. — § 2. Causa delle ostilità per parte dei Pontefici. Fondamento del canone *Sæpe contingit*. — § 3. Prevalenza della *Redintegranda* sulla *Cond. ex c. Sæpe contingit.* » 334-352

PARTE V.

L' Actio spolii (Esposizione sistematica).

CAPO I. — I Canonisti.

§ 1. Fondamento ed estremi della nuova azione. Modo di provare gli estremi (presunzione), oggetto dell'azione. — § 2. Tutela del possesso dei diritti. Questione intorno ai pesi reali. *Possessio colorata*. — § 3. Contro chi competa la nuova azione; ed eccezioni ad essa opponibili. » 353-375

CAPO II. — I Legisti.

§ 1. Accettazione del nuovo rimedio per parte dei Postglossatori. — § 2. Due correnti opposte nella dottrina laica fino alla fine del secolo scorso per rispetto all'*Actio spolii*. Sistema dell'*Actio spolii* nei civilisti. La questione dell'appello. Singularità nel modo di intendere l'azione. » 375-386

CAPO III. — La Giurisprudenza.

§ 1. La Rota Romana e le altre Rote italiane. I tribunali laici. La questione della prescrizione. — § 2. Origine e ragione del nome *Actio spolii*. Esso sorse prima nella pratica italiana che non nella dottrina germanica. » 387-394

CAPO IV. — L'*Actio spolii* e l'*Unde Vi*.

§ 1. Confronto degli elementi dei due rimedi, ed ampiezza dell'*Actio spolii*. — § 2. Limitazioni all'*Actio spolii*. — Pettitorio o possessorio? Polemiche intorno all'*Actio spolii*. — § 3. L'*Actio spolii* non è una semplice modificazione dell'*Unde Vi*. » 395-407

CAPO V. — Evoluzione del concetto del possesso nel diritto medioevale.

§ 1. Il possesso delle cose. — § 2. Cause della estensione del possesso dei diritti nella giurisprudenza ecclesiastica e nella laica. — § 3. Riassunto. » 408-424

PARTE VI.

L'Actio spolii e la legislazione laica.

CAPO I. — Il diritto statutario italiano.

§ 1. Carattere delle disposizioni statutarie per rispetto alla tutela del possesso. — § 2. Traccia dell' *Actio spolii* negli statuti. — § 3. Leggi sabaudo-piemontesi, e procedimento speciale in materia possessoria. » 425-441

CAPO II. — Il diritto consuetudinario ed il codice francese.

§ 1. La *Complainte* di origine germanica e la *Reintégrande* di origine ecclesiastica. Confusione nel modo di intenderle. — § 2. Il codice napoleonico. » 442-447

CAPO III. — Il codice civile italiano.

§ 1. Alcune idee intorno all'indole dell'azione di reintegrazione, e al concetto del possesso nel nostro codice, avuto riguardo alla storia del diritto italiano. — § 2. Estensione dell'azione di spoglio. » 447-458



